Die sogenannte

locatio conductio operis irregularis

nach gemeinem Rechte und nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Adolf Echte,
Referendar in Heiligenhafen.

Plön
Buchdruckerei O. Kaven
1905.

Die sogenannte

locatio conductio operis irregularis

nach gemeinem Rechte und nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Adolf Echte,

Referendar in Heiligenhafen.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Plön

Buchdruckerei O. Kaven

1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549210_0043

Angabe der benutzten Gesetze und Literatur.

Corpus juris civilis, Ausgabe von Kriegel. Band I und II. Leipzig 1868.

Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 18. August 1896. Berlin 1896.

Albers, Die Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag. Inaugural-Dissertation. Hamburg 1900.

Arndts, Pandekten. 8. Auflage. Stuttgart 1874.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Band II. Auflage 2. Erlangen 1886.

Buchholtz, Einstehen für Zufall beim Verdingungsvertrage in Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Neue Folge Band VIII. Gießen 1851.

Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des gemeinen Rechts. Berlin 1897.

Burchardt, Geschichte der locatio conductio. Basel 1889.

Bynkershoek, Observ. jur. Rom. libri I—VIII. Frankfurt und Leipzig 1739.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Band I. Auflage 2. Jena 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Auflage. Stuttgart 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Band II. Tübingen und Leipzig 1902.

Dambach, Gesetz über das Postwesen des deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871. 6. Auflage von Grimm. Berlin 1901.

Dankwardt, locatio conductio operis. Jena 1874.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, dem Reichstage vorgelegt. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten. Band II. 6. Auflage. Berlin 1900.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Band II. Halle 1899.

Dniestrzanski, Wesen des Werklieferungsvertrages im österreichischen Rechte. Wien 1898.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jena 1899.

Engelmann, Das alte und das neue Bürgerliche Recht. Berlin 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Band V und XX. Leipzig 1882 und 1890.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, im Auftrage der Kommission herausgegeben von Francke. Dresden 1866.

Frieg, Rechtliche Konstruktion der Postanweisung. Inaugural-Dissertation. Dortmund 1897.

Frisch, Die Ansprüche auf Wandlung und Minderung beim Werkvertrag. Inaugural-Dissertation. Berlin 1902.

Gaii institutionum commentarii quatuor von Böcking. Bonn 1841.

Glück, Kommentar. Teil 15 und 17. Erlangen 1813 und 1815.

Grohé, Die rechtliche Natur des Werklieferungsvertrages nach gemeinem Recht. Inaugural-Dissertation. Greifswald 1892.

Halpert, über die juristische Natur der Vertretungs-Sachen nach gemeinem Recht. Inaugural-Dissertation. Berlin 1888.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag nach allgemeinen Grundsätzen und nach gemeinem Recht. Trier 1902.

Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig 1870.

Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien. Stuttgart 1882.

Jahnke, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage. Inaugural-Dissertation. Greifswald 1904.

Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakte in Jahrbücher für Dogmatik, Band IV. Jena 1861.

Ihering, Zweck im Recht. Band I. Leipzig 1877.

Karlowa, Über den Begriff der fungiblen Sachen in Grünhut Zeitschrift. Band 16. Wien 1888.

Keller, Pandekten. Leipzig 1861. Aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben von Friedberg.

Kleinschmidt, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag. Inaugural-Dissertation. Rostock 1903.

Koch, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1868.

Loewi, Postanweisung. Inaugural-Dissertation. Fürth 1891.

Loewy, Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. Berlin 1888.

Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Auflage von Geib. Freiburg 1898.

Mejer, Institutionen des gemeinen deutschen Kirchenrechts. Göttingen 1856.

Mittelstein, Beiträge zum Postrecht. Berlin 1891.

Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig 1853.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II. Berlin und Leipzig 1888.

Mühlhäuser, depositum irregulare. Erlangen 1879.

Münkel, Das Rechtsverhältnis aus § 651 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Inaugural-Dissertation. Hannover 1899.

Niemeyer, depositum irregulare. Halle 1889.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Band II. 1. und 2. Auflage. Berlin 1900.

Probst, Die rechtliche Behandlung des casus bei der locatio conductio operis nach gemeinem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Inaugural-Dissertation. Erlangen 1897.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II. Berlin 1898.

Puchta, Pandekten. 6. Auflage besorgt von Rudorff. Leipzig 1852.

Puchta, Vorlesungen. Band II. 3. Auflage von Rudorff. Leipzig 1852.

Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts. Innsbruck 1885.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jena 1900.

Rossi, locatio conductio operis irregularis in Studisenesi. Vol. VII. Siena 1890. Übersetzt unter Mitwirkung des Herrn Dr.

G. Wieding, Oberlehrer am Kaiserin Auguste Viktoria-Gymnasium zu Plön.

Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Band I. Heft 1. Wien 1890.

Schneider, Treu und Glauben im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, in der deutschen Juristenzeitung. VIII. Jahrgang. Berlin 1903.

Schöller, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche; in Gruchot, Beiträge. 46. Jahrgang. Berlin 1902.

Schott, Das Transportgeschäft; in Endemann, Handbuch des Handelsrechts. Band III. Leipzig 1885.

Sell, Beiträge zur Lehre vom Miet- und Pachtvertrag, im Archiv für civilistische Praxis. 19. Band. Heidelberg 1836.

Siebenhaar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Band II. Leipzig 1869.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Band II. 2. Auflage. Leipzig 1861.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 10. Auflage 1901.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 15. Lieferung. München 1901.

Thibaut, System des Pandekten-Rechts. 9. Ausgabe besorgt von Buchholtz. Band I. Jena 1846.

Tinsch, Die Postanweisung. Erlangen und Leipzig 1890.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Wächter, Pandekten; herausgegeben von O. v. Wächter. Band II. Leipzig 1881.

Weiske, Rechtslexikon. Band VII. Leipzig 1847.

Westphal, Lehre des gemeinen Rechts von Kauf, Pacht und Miete. Frankfurt und Leipzig 1791.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp. Band II. Frankfurt 1900.

Wolff, Die rechtliche Natur des Postanweisungsgeschäfts. Inaugural-Dissertation. München 1892.

Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reichs. Berlin und Leipzig. Band II. 1883.

Disposition.

Einleitung:

§ 1. Die locatio conductio operis und ihre Abgrenzung von verwandten Verträgen, insbesondere von der locatio conductio operarum und der emtio venditio.

§ 2. Die Irregularität der Verträge.

Abhandlung:

Erster Hauptteil:

Die sogenannte locatio conductio operis irregularis nach gemeinem Rechte.

§ 3. Das Wesen der sogenannten locatio conductio operis irregularis, die einschlägigen Quellenstellen und die Formulierung der Streitfragen.

§ 4. Die Frage des Eigentumsüberganges.

§ 5. Die Frage der Gefahrtragung.

§ 6. Die sonstigen Rechtsvorschriften.

Zweiter Hauptteil:

Die sogenannte locatio conductio operis irregularis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 7. Die Stellungnahme des Gesetzgebers.

§ 8. Die Voraussetzungen zur Annahme solchen Vertrages.

§ 9. Die rechtlichen Folgen eines solchen Vertrages.

Anhang:

§ 10. Ist die Postanweisung ein Beispiel solchen Vertrages?

§ 1.

Die locatio conductio operarum und ihre Abgrenzung von verwandten Verträgen, insbesondere von der locatio conductio operarum und der emtio venditio.

I. Gemeinrechtlich versteht man unter locatio conductio operis denjenigen synallagmatischen Konsensualkontrakt, durch den sich der conductor dem locator zur Ausführung eines Unternehmens gegen das Versprechen eines fest bestimmten Geldpreises verpflichtet. Ihr Abbild, der Werkvertrag des B. G. B. ist ein Vertrag, durch den sich der Unternehmer dem Besteller gegen eine Vergütung zur Herstellung eines Werkes verpflichtet. Die Essentialien des Vertrages sind also im alten und neuen Recht die gleichen: ein herzustellendes Werk und eine zu zahlende Vergütung. Der einzige Unterschied besteht darin, daß die Vergütung früher eine fest bestimmte Geldsumme sein mußte, während sie jetzt sowohl in Geld wie in anderen Vermögenswerten bestehen, ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, in einer Gesamtsumme oder nach Teilen: Maß, Zahl, Gewicht bedungen sein kann. Der Gegenstand des Vertrages war schon früher weit begrenzt, und ist es noch jetzt. Die römischen Quellen erwähnen z. B. die Übernahme eines Transports von Sachen und Personen l 11 § 3, l 13 § 1, l 19 § 7 D 19, 2; die Übernahme von Hausbauten l 22 § 2, l 30 § 3, l 60 § 3 D 19, 2 und l 2 C 4, 65; das Reinigen und Ausbessern von Kleidern l 9 § 5, l 13 § 6, l 25 § 8 D 19, 2; das Fertigen von Schmucksachen l 2 § 1, l 13 § 5 D 19, 2; das Unterrichten eines Sklaven und die Ausbildung eines Lehrlings l 13 §§ 3 und 4 D 19, 2; also kurz gesagt: das sogenannte materielle und immaterielle Opus.

Der § 631 des B. G. B. sagt einfach:

> Das Werk kann sowohl in der Herstellung oder Veränderung einer Sache wie auch in einem sonstigen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolge bestehen.

Die römisch-rechtlichen Unterschiede zwischen operae liberales und illiberales, die übrigens bei der locatio conductio operis weit weniger hervortraten als bei der locatio conductio operarum, sind schon im gemeinen Rechte verschwunden und natürlich dem heutigen Rechte fremd.

II. Am meisten, namentlich historisch, verwandt ist die locatio conductio operis mit den beiden älteren Lokationen, der locatio conductio rei und der locatio conductio operarum; mit ihnen wird sie in J 3, 24: de locatione et conductione; D 19, 2: locati et conducti und C 4, 65: de locato et conducto unter gemeinsamen Titeln nach fast gleichen Rechtsregeln abgehandelt.

Dagegen hat das B. G. B. den Werkvertrag nicht nur von Miete und Pacht, sondern auch von dem ihm näher stehenden Dienstvertrage begrifflich geschieden und individuell entwickelt, auch beiden, abweichend vom ersten Entwurf des B. G. B., gesonderte Titel angewiesen. Während daher nach altem Recht eine analoge Übertragung der für die beiden älteren Lokationen gegebenen Vorschriften auf die locatio conductio operis zulässig und bei der Dürftigkeit der für sie allein vorhandenen Bestimmungen geboten war, sind fortan die für den Werkvertrag anzuwendenden Rechtsnormen allein aus dem siebenten Titel des siebenten Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse und aus den allgemeinen Vorschriften abzuleiten. Die locatio conductio operis unterscheidet sich von der locatio conductio operarum, der Werkvertrag vom Dienstvertrage im wesentlichen einmal dadurch, daß bei der locatio conductio operarum der locator die Dienste persönlich leisten muß, bei der locatio conductio operis aber der conductor — der Zwiespalt in der Terminologie ist zwar bemerkenswert, eine Erörterung des Warum würde uns aber zu weit abführen — nicht verpflichtet ist opus facere, sondern nur id se acturum ut fiat; eine Unterscheidung, die auch im B. G. B. wiederkehrt, indem § 613 jenen Grundsatz für den Dienstvertrag aufstellt, derselbe aber im siebenten Titel für den Werkvertrag nicht zum Ausdruck gebracht ist. Eine weitere Verschiedenheit zeigt sich darin, daß bei jener die zu leistenden Dienste der unmittelbare Gegenstand des Vertrages sind und die Arbeit als solche sein Zweck ist, daß aber bei der locatio conductio operis die aufzuwendenden Kräfte nur den mittelbaren Gegenstand des Vertrages bilden, nur Mittel zum Zweck sind; bezweckt wird

hier das Arbeitsresultat, der „ökonomische Effekt", l 5 § 1 D 50, 16:[1])

opere locato conducto his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci *ἀποτέλεσμα* vocant non *ἔργον*, id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum.

In der Denkschrift S. 122 heißt es:

„Während für den Dienstvertrag die Dienste oder die Arbeit als solche in Betracht kommen, ist bei dem Werkvertrage das Werk, also das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit Gegenstand der Verpflichtung."

Die Vergütung, sagen die Motive S. 471, wird bei dem Dienstvertrage für die Arbeit als solche, bei dem Werkvertrage für das Arbeitsprodukt versprochen.

Diese Abgrenzung ist praktisch nicht unerheblich, weil gemein- wie reichsrechtlich die Rechtsfolgen z. B. die Gefahrtragung verschieden sind, je nachdem man den Einzelfall in die Kategorie des Dienst- oder des Werkvertrages bringt. Bei jenem kann von einer Gefahrtragung d. h. von einer Haftung für die Verschlechterung oder Vernichtung des Vertragsobjektes keine Rede sein, weil dieses die einzelne Dienstleistung ist, und mit deren Leistung der Vertrag erfüllt ist. Anders beim Werkvertrage. Hier besteht die Möglichkeit, daß das Werk vor seiner Vollendung, vor seiner Abnahme verschlechtert wird oder untergeht. Wer trägt die Gefahr? eine gemeinrechtlich sehr bestrittene Frage, die in den §§ 644 bis 646 des B. G. B. im Prinzip zu Ungunsten des Unternehmers entschieden ist.

III. Ebenfalls verwandt sind locatio conductio operis und emtio venditio; l 2 § 1 D 19, 2:

adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri solent, utrum emtio et venditio sit an locatio et conductio.

Die Verwandtschaft ist aber nur weitläufig; beide sind synallagmatische Konsensualkontrakte, bei beiden besteht die Leistung des einen Teils in Geld, beide sind Umsatzgeschäfte; aber bei der locatio conductio werden nur Leistungen versprochen, bei dem Kauf werden Sachen veräußert; dort umschließt die Parteien nur ein obligatorisches Band, locatio non solet dominium mutare, hier sind mit dem Zeitpunkt der Erfüllung des Kaufs dingliche Wirkungen die Absicht der Parteien.

[1]) Dernburg, Pandekten S. 312.

Für die Grenzbestimmung ist nach l 2 § 1, l 22 § 2 D 19, 2 und l 20 D 18, 1 die Stofflieferung entscheidend.[1]) „Beim Kaufvertrage überwiegt das Element des Stoffes, beim Werkvertrage das der Arbeitsleistung." Hat also z. B. ein Tischler, bei dem wir einen Schrank bestellt haben, sich nicht nur zur Herstellung desselben, sondern auch zur Lieferung des erforderlichen Holzes verpflichtet, so liegt emtio venditio rei futurae vor, mögen wir auch Nebensachen wie z. B. die Schlösser selbst gekauft und dem Tischler zur bestimmungsgemäßen Verwendung übergeben haben. Haben wir aber dem Tischler einen altersschwachen, mit Schnitzereien reich versehenen Koffer gegeben, um ihn zu einer modernen Truhe umzuarbeiten, so handelt es sich um eine locatio conductio operis, mag der Tischler zur Herstellung des Werkes auch einzelne Holzteile selbst liefern. Dabei ist es gemeinrechtlich ohne Belang, ob die Sache vertretbar ist oder nicht; der sogenannte Werklieferungsvertrag gehört mithin nach altem Recht absolut zum Kauf. Was bei der Stofflieferung Haupt-, was Nebenstoff ist, wird nur von Fall zu Fall, bald einfacher, bald schwieriger, entschieden werden können. Nur in einem Falle entscheiden obige Quellenstellen diese Frage selbst: bei einem Bauwerke ist stets der Grund und Boden die Hauptsache; lassen wir uns also auf unsrem Grund und Boden ein Haus bauen, so liegt immer locatio conductio operis vor, mag unser Ödland auch noch so wertlos, mögen die vom Unternehmer gelieferten Baumaterialien auch noch so kostspielig sein. Das folgt aus dem sachenrechtlichen Grundsatz: superficies solo cedit l 98 § 8 D 46, 3 und l 39 pr D 6, 1. Ebenso wird nach § 946 des B. G. B. das Grundstück in allen Fällen als die Hauptsache angesehen:

> „Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden, daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache".

Dieser sogenannten Stofflieferungstheorie huldigt im Prinzip auch das heutige Recht, nur wird unterschieden, ob das Arbeitsprodukt eine vertretbare oder eine nicht vertretbare Sache ist. Nach §§ 631 und 651 des B. G. B. gelten daher für die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Kauf folgende Rechtssätze:

---

[1]) Riezler, S. 55.

1. Der Besteller liefert in der Hauptsache den Stoff; dann liegt wie gemeinrechtlich reiner Werkvertrag vor;

2. der Unternehmer liefert den Hauptstoff zu der von ihm herzustellenden vertretbaren Sache; dann finden teils Vorschriften des Werkvertrages, teils und zwar hauptsächlich die Vorschriften des Kaufs Anwendung;

3. der Unternehmer liefert den Hauptstoff zu der von ihm herzustellenden nicht vertretbaren Sache; dann liegt abweichend vom gemeinen Recht ein sogenannter Werklieferungsvertrag vor, der teils und zwar vorzugsweise den Regeln des Werkvertrages, teils denjenigen des Kaufs unterstellt ist.

Das Interesse der Abgrenzung hängt an der verschiedenen rechtlichen Behandlung beider Verträge im gemeinen wie im heutigen Recht; insbesondere ist die Mängelhaftung und die Gefahrtragung verschieden geregelt.

§ 2.

Die Irregularität der Verträge.

Von einer locatio conductio irregularis sprechen die Quellen nicht; die Worte regularis und irregularis sind überhaupt völlig unrömisch, nirgends in den Quellen zu finden. Selbst die Glossatoren gebrauchen diesen Ausdruck nicht; auch die Postglossatoren Bartolus und Baldus, Donellus und Cujacius sollen, wie wir nach Rossi[1]) annehmen dürfen, noch nicht von einer locatio conductio irregularis reden. Den Ausdruck „irregularitas" verdanken wir dem kanonischen Recht; er bedeutet seit dem 13. Jahrhundert im kanonischen Rechte das Vorhandensein eines Hindernisses, welches eine Person vom Empfang der Weihe bezw. einen Priester von dem Empfang eines höheren Weihegrades ausschließt.[2])

Erst später ist diese Bezeichnung in das Zivilrecht übergegangen und wahrscheinlich im 15. Jahrhundert zuerst dem depositum angehängt. Für die locatio conductio scheint aber das barbarische irregularis noch nicht einmal um die Mitte des 18. Jahrhunderts gebräuchlich gewesen zu sein, wenigstens erwähnt Bynkershoek bei seiner Be-

[1]) Rossi, S. 182.

[2]) so Mejer, S. 251 und Holtzendorff, S. 460,

sprechung der berühmten l 31 D 19, 2 diesen Ausdruck noch nicht, sagt vielmehr:[1])

interpretes quoque hanc locationis speciem, ex qua dominium transit, solent appellare anomalam.

Reichlich 50 Jahre später schreibt dann Glück,[2]) daß dieser Fall von den Juristen jetzt locatio conductio irregularis genannt werde.

Ebenso kehrt dieser Zusatz wieder bei der locatio conductio rei, bei dem pignus und dem ususfructus. Seitdem scheint er ein terminus technicus geworden zu sein; weil er sich in der Wissenschaft hielt, deshalb mußte er von Bedeutung sein. Man suchte und fand einen begrifflichen Unterschied zwischen regulärem und irregulärem Vertrage; ersterer soll sein, welcher[3])

die essentialia und die nach Gesetz oder Brauch zu berücksichtigenden non essentialia des betreffenden Kontrakts als tacita enthält;

der irreguläre aber derjenige,

der neben den essentialia auch non essentialia expressa enthält, die ihrer Wirkung nach an die essentialia streifen.

Wir müssen gestehen, daß uns diese Ausführungen unverständlich geblieben sind. Jedenfalls können sie uns von einem absoluten oder auch nur relativen Begriff der Irregularität nicht überzeugen; wir glauben vielmehr mit Niemeyer[4]) und Rossi,[5]) daß die Annahme eines solchen Begriffes unstatthaft ist: Die Bezeichnung ist zuerst willkürlich angenommen und im Laufe von fast drei Jahrhunderten nach und nach auf die verschiedensten obligatorischen Verträge übertragen, offenbar nur, um einen gemeinsamen kurzen Ausdruck für jede Abweichung von einer Regel zu besitzen. Eine gemeinsame Abweichung von der Regel zeigt sich allerdings bei jenen sogenannten irregulären Verträgen darin, daß sie die Zurückgabe einer andern als der hingegebenen Sache gestatten. Dies hängt[6])

„mit der Erweiterung des Obligationsbegriffs von der spezifischen auf die generische Bestimmung der Sachen"

[1]) Bynkershoek p. 298.
[2]) Glück, Teil 17 S. 487.
[3]) Mühlhäuser, S. 2ff.
[4]) Niemeyer, S. 1.
[5]) Rossi, S. 183.
[6]) Ihering, S. 402.

zusammen. Eine solche Wahl zwischen zwei Bestimmungsweisen des Schuldobjekts war ursprünglich da, wo die Verpflichtung auf das Zurückgeben einer Sache gerichtet ist, nicht gegeben; sondern es durfte nur dieselbe empfangene Sache, nur idem zurückgegeben werden. Die weitere Rechtsentwickelung brachte aber die Anschauung, daß der Gläubiger bei Hingabe einer fungibeln Sache im Zweifel kein Interesse an der Rückgabe gerade dieser Sache haben könne, dadurch zum Ausdruck, daß sie bei Hingabe einer species eine Gemsschuld entstehen ließ. Das Schuldobjekt wurde also abstrakt bestimmt, die Rückgabepflicht ging nur auf tantundem ejusdem generis. Erst bei der Erfüllung mußte dann aus dem genus wieder eine species werden. Auf das Vorhandensein einer solchen Ausnahme von der Regel macht der Zusatz „irregularis" aufmerksam. Daraus rechtfertigt sich aber nicht die Erhebung der Irregularität zu einem eigenen juristischen Begriff.

Ob nun eine solche Ausnahme bei der locatio conductio operis den Begriff derselben verwischt hat, so daß man zur Annahme eines Mischvertrages oder eines besonderen Vertragstypus gelangt, wird im Verlauf der Arbeit zu zeigen versucht werden.

Erster Hauptteil.

Die sogenannte locatio conductio operis irregularis nach gemeinem Rechte.

§ 3.

Das Wesen der sogenannten locatio conductio operis irregularis, die einschlägigen Quellenstellen und die Formulierung der Streitfragen.

I. Ein besonderer Fall der locatio conductio operis, die sogenannte locatio conductio operis irregularis wird dann angenommen, wenn zwar der locator den Stoff zur Verarbeitung oder zum Transport hergiebt, aber dem conductor gestattet, statt desselben Stoffes andere Sachen gleicher Art und Güte zur Herstellung des übernommenen Werkes zu verwenden, oder nach Ausführung des angenommenen Transportes abzuliefern. Nur um diese beiden Fälle: der Verarbeitung und des Transports handelt es sich in den Quellen und in der Literatur. Als ein im heutigen Verkehrsleben besonders wichtiger Fall wird von einigen

Schriftstellern auch die Postanweisung hierher gezählt; ob mit Recht wird später erörtert werden. Aber auch jene beiden Fälle kommen nur dann in Frage, wenn es sich um fungible, nach heutigem Sprachgebrauch: vrtretbare Sachen handelt, um res quae pondere numero mensurave constant J. pr. 3, 14, bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen, § 91 des B. G. B. Nur die Fungibilität gewährt beide Möglichkeiten: das Objekt der Verarbeitung oder des Transports in specie oder in genere zu bestimmen. Würde eine nicht fungible Sache Gegenstand des Vertrages sein, so könnte auch nur diese, also dieselbe species, restituiert werden. Den Parteien bleibt es indessen unbenommen, eine Sache, die im gewöhnlichen Verkehr als fungibel gelten würde, als nicht fungibel zu behandeln und umgekehrt.

II. Die in Betracht kommenden Quellenstellen sind die lex 31 D 19, 2 locati conducti und die lex 34 pr. D 34, 2 de auro argento legato. Die erstere ist den Schriften des Juristen Alfenus entnommen, die zweite stammt von dem Sabinianer Pomponius.

lex 31 D 19, 2: In navem Sanfeii quum complures frumentum confuderant, Sanfeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat; quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit, rerum locatorum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum ut annei; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem juris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum faetum Saufeii, et recte datum. Quodsi separatim tabulis, aut aeronibus, aut in alia cupa clausum uniuscuinsque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare; et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent,

et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse judicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; nam in re quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem ejus conditionem faceret, quam ceterorum.

Dem Alfenus liegt folgender Rechtsfall zur Begutachtung vor:

Mehrere Verfrachter haben in das Schiff eines Saufeius ihr Getreide gemeinsam und ungetrennt verladen. Unterwegs gibt der Schiffer dem einen Verfrachter aus der Gesamtladung das von ihm verladene Getreide in gleicher Menge zurück. Darauf gehen Schiff und Restladung zu Grunde.

Die gestellte Frage, ob die übrigen Verfrachter den Schiffer wegen ihrer Anteile am Getreide mit der actio oneris aversi belangen können, verneint Alfenus.

Hier sei zunächst eingeschaltet, daß die actio oneris aversi sonst in den Quellen nicht erwähnt wird und unbekannten Inhalts ist. Sie soll nach Bynkershoek[1]) eine Klage sein, welche wie die actio furti auf das Doppelte ging und dann Platz griff, wenn der Schiffer nicht Eigentümer des Getreides war, mit demselben aber dolos oder culpos, jedoch in Unterscheidung von der actio furti nicht animo lucri faciendi verfuhr. Danach würde die actio oneris aversi nur dann überflüssig sein, wenn der Schiffer animo lucri faciendi sich vergriffen hatte. In seiner Begründung geht Alfenus davon aus, daß zweierlei Arten von Sachen Gegenstand einer locatio conductio operis sein können, rerum locatarum duo genera esse, nämlich entweder nicht fungible, wie z. B. das einem Walker zum Reinigen übergebene Kleidungsstück, oder fungible, wie z. B. gereinigtes Silber, das einem Goldschmied zur Anfertigung von Gefäßen gegeben ist, im ersteren Falle sei idem und im letzteren nur res ejusdem generis zu restituiren; dort sei die Sache im Eigentum des locator verblieben, rem domini manere, hier sei der locator Gläubiger geworden, in creditum iri.

[1]) Bynkershoek p 287 ff.

Auf seinen Fall übergehend erklärt Alfenus, daß Sanseius, wie ja beispielsweise auch bei dem depositum im Falle der unverschlossenen Hingabe abgezählten Geldes nur tantundem zurückzugeben sei, richtig gehandelt habe; denn seine Rückgabeverpflichtung gehe nicht auf idem, sondern auf tantundem ejusdem generis; demgemäß habe er bei Befriedigung des einen Verfrachters gehandelt und damit keine Untreue gegen die übrigen Verfrachter, keinen Eingriff in deren Eigentum begangen. Darum verwirft Alfenus die actio oneris aversi. Anders meint er, läge der Fall, wenn das Getreide eines jeden Verfrachters besonders in Säcken verladen, also nicht mit den anderen Quantitäten vermischt gewesen sei. Dann habe jeder Verfrachter sein Getreide als sein Eigentum vindicieren können; gegen den Schiffer aber, der mit dem Eigentum des einen Verfrachters die Ansprüche des andern befriedigt habe, würde die actio furti begründet und deshalb auch in solchem Falle die actio oneris aversi überflüssig gewesen sein.

Schließlich streift Alfenus noch die Frage, ob der Schiffer wegen Verschuldens mit der actio locati belangt werden könne. Er belehrt seinen Klienten dahin, daß der conductor zwar im vorliegenden Falle culpa zu prästieren habe, daß aber eine solche in der alleinigen Befriedigung des einen Verfrachters aus der Gesamtladung trotz des späteren Ausfalls der Ansprüche der übrigen Verfrachter nicht gefunden werden könne. Die weitere Frage, ob dem Schiffer bezüglich des Unterganges von Schiff und Ladung ein Verschulden trifft, kommt gar nicht zur Sprache; vermutlich wird dem Klienten bekannt gewesen sein, daß das Schiff samt Ladung durch einen vom Schiffer nicht zu vertretenden Zufall untergegangen ist.

lex 34 pr. D. 34, 2: Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset, aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. Pomponius: hoc ex parte verum est, ex parte falsum; nam de eo, quod debetur, sine dubio, ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, quum illius factum adhuc non sit; id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. In aurifice falsum est, si aurum dederit, ita ut ex eo auro aliquid sibi faceret; nam tunc licet apud aurificem sit aurum,

dominium tamen nun mutavit, manet ejus, qui dedit, et tantum videtur mercedem praestiturus pro opera aurifici; per quod eo perducimur, ut nihilominus uxori debeatur. Quodsi aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc quatenus dominium transit ejus auri ad aurificem, quippe quasi permutationem fecisse videatur, et hoc aurum non transibit ad uxorem.

In dieser Stelle wird folgender Fall erörtert:

Ein Ehemann hat sein Gold seiner Ehefrau vermacht; vor seinem Tode hat er einem Goldarbeiter Gold zur Anfertigung eines Gerätes gegeben, aber weder das Gerät noch das Gold wieder erhalten.

Der Ansicht des Mucius, daß dies Gold der Ehefrau nicht vermacht sei, gibt Pomponius nur zum Teil seine Billigung. Analog dem Alfenus führt er aus, daß das Gold, wenn es mit individueller Bestimmung dem Goldschmied gegeben war, im Eigentum des Erblassers verblieb und infolgedessen der Ehefrau vermacht war. Wenn aber das Gold mit generischer Bestimmung überliefert sei, dann sei dem Erblasser nur ein Forderungsrecht verblieben, dann sei jenes Gold nicht mit vermacht; denn vermacht habe er nur quod suum esset, non quod in actione haberet. Zur Ergänzung dieser Stelle dient l 27 § 2 desselben Titels.

argento omni legato quod suum esset, sine dubio non debetur id quod in credito esset; hoc ideo quia non videtur suum esse quod vindicari non possit.

III. Diese viel erörterten Stellen haben zu einem lebhaften, nie ausgetragenen Streite über die rechtliche Natur der sogenannten locatio conductio operis irregularis geführt: erstens über die Frage des Eigentumsüberganges an den mit Gestattung des Stoffersatzes hingegebenen Sachen und zwar,

ob das Eigentum auf den conductor überginge,
auf Grund welchen Rechtsgeschäfts das Eigentum überginge und
wann das Eigentum überginge;

zweitens über die Frage der Gefahrtragung an den mit Gestattung des Stoffersatzes hingegebenen Sachen.

§ 4.

Die Frage des Eigentumsüberganges.

I. Nach Abschluß einer sogenannten locatio conductio operis irregularis steht der Unternehmer vor der Alternative, entweder trotzdem bei demselben Material zu verbleiben oder anderes ejusdem generis an die Stelle treten zu lassen und das gelieferte anderweitig zu verwenden. Um zu solcher Verwendung die Möglichkeit zu haben, muß er ein Recht an den Sachen erworben haben, d. h. er muß Eigentümer derselben geworden sein. Sonst ist er nach gemeinem Recht nicht imstande, an den gelieferten Sachen, wenn er von seiner Befugnis Gebrauch macht, anderen Personen Eigentum an denselben zu verschaffen. Darum sagen auch die beiden Digestenstellen ausdrücklich:

l 31 D 19, 2: **ex posteriore, in creditum iri,**

und dieselbe Stelle speziell für das Beispiel des Schiffers:

videri triticum factum Sanfeii und in l 34 pr. D 34, 2

heißt es:

dominium transit ejus auri ad aurificem.

Jenes „in creditum iri" steht in l 31 cit. in offenbarem Gegensatz zu „rem domini manere"; entweder bleibt der locator Eigentümer der übergebenen Sache, oder er wird Gläubiger d. h. also: er bleibt nicht Eigentümer. Daher muß das „in creditum iri" gleichbedeutend sein mit einem „dominium mutare", mit einem Eigentumswechsel; der locator hat sein dingliches Recht mit einem persönlichen Anspruch gegen den conductor gewechselt. Das Gleiche drückt l 34 pr. D 34, 2 aus, indem sie die Gegensätze durch „suum esse" und „in actione habere" bezeichnet. Ergänzend tritt hier l 27 § 2 D 34, 2 hinzu. In dieser kommen die Worte „in credito esse" vor im Gegensatz zu „suum esse", und es wird gesagt, quod in credito esset könnte nicht vindiziert werden. „In creditum iri" und „in credito esse" bezeichnen also beide dasselbe, beide nämlich, daß ein obligatorisches Verhältnis entstanden und eine Eigentumsveränderung eingetreten ist.

Dieselbe Ansicht haben unter anderen Windscheid[1]) und Sell.[2])

„In diesem Falle wird der Arbeiter Eigentümer."

„In welches Verhältnis treten diese Sachen zu denjenigen, welchem sie übergeben sind? Hier wäre ein doppelter Gesichtspunkt

[1]) Windscheid, S. 506. [2]) Sell, S. 321 f.

möglich: entweder erwirbt der Empfänger gar kein Recht, sondern nur eine detentio; oder er wird Eigentümer derselben. Wäre das Erstere, so müßte er dieselbe in specie restituieren, weil ihm eben daran kein dingliches Recht zustände . . . . . Es bleibt darum nur das Letztere übrig, weil der Empfänger, um die übergebenen Sachen mit andern gleicher Art vertauschen zu können, ein Recht an deren Substanz, d. h. Eigentum, haben muß."

II. Es fragt sich jedoch noch, weshalb er Eigentümer wird, und wann das Eigentum auf ihn übergeht. Zunächst untersuchen wir, infolge welchen Rechtsgeschäfts der Eigentumswechsel stattfindet. Eine solche Eigentumsübertragung ist für gewöhnlich bei der locatio conductio nicht vorhanden, sondern das Material wird dem Unternehmer nur geliefert, um ihm ein Objekt zu bieten, an dem er die verlangte Arbeit herstellen soll. Gerade in dieser Hinsicht statuieren die römischen Juristen den Unterschied von locatio conductio und emtio venditio und weisen in zweifelhaften Fällen, die bei der vorhandenen nahen Verwandtschaft leicht eintreten, immer besonders auf die Natur des Rechtsverhältnisses hin.

So heißt es für die locatio conductio als Ergebnis der mit ihr gemachten Erfahrungen in l 39 D 19, 2:

non solet locatio dominium mutare.

Dieses „solere", das von den Quellen zur Bezeichnung allgemeiner Rechtsregeln gebraucht wird, ohne gerade auf Ausnahmen damit hinweisen zu wollen, gestattet aber jedenfalls die Möglichkeit, mit Ausnahmefällen zu rechnen und zwingt, wenn sich solche finden, nicht dazu, das Vorhandensein einer locatio conductio gleich von der Hand zu weisen. Rossi[1]) sagt sogar:

„Non credo che per ammettere tale eccezione alla regola, sia necessario ritrovare oltre i casi dei testi di Alfeno et di Pomponio, altri esempi."

Wir meinen auch, daß sich gar kein Grund ergibt, weswegen ein gelegentlicher Eigentumsübergang bei der locatio conductio zurückzuweisen sei. Auch Keller[2]) meint,

---

[1]) Rossi, S. 191.
[2]) Keller, S. 647.

daß das Beispiel der l 31 deutlich zeige, wie das Verkehrsbedürfnis gelegentlich hier diese Facilität fordere.

Das Vorkommen von Ausnahmen beweisen diese beiden Stellen zwar schon genügend, doch lassen sich dafür noch mehrere anführen. Allerdings dient uns nicht als Beleg die zuweilen angezogene l 22 § 2 D 19, 2, denn der in dieser Stelle besprochene Eigentumswechsel hat, wie schon oben erwähnt, seinen Grund im Sachenrecht, folgt aus dem sachenrechtlichen Grundsatz: superficies solo cedit. Dagegen haben wir für unseren Zweck in der l 55 D 44, 7 eine Stelle, aus der hervorgeht, daß es sehr gut möglich ist, im Gefolge einer locatio conductio einen Eigentumsübergang zu haben. Diese Stelle lautet:

In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animos utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

Auf den ersten Blick ist es allerdings verwunderlich, daß in einer Reihe venditio, donatio mit conductio als Eigentum übertragende Verträge genannt sind. Aber wie sich zeigen wird, handelt es sich gar nicht um die Verträge als solche, sondern um die traditio und deren Folgen. Sell[1]) behauptet,

diese Stelle bewiese zuviel und darum nichts,

und meint,

das Wort „conductio" hätte ein gedankenloser Abschreiber hinzugefügt.

Rossi[2]) erklärt dazu:

L'obbiezione ha più apparenza che fundamento, und es zeuge von großer Unsicherheit, sich mit dem Versehen eines Abschreibers zu helfen.

Es ist auch sehr einfach, wie Sell es tut, sich Unbequemes aus dem Wege zu schaffen. Allerdings fehlen die Worte „sive conductio" in der Vulgata. Da aber die Vulgathandschriften immer nur teilweise Reproduktionen der Florentina sind, so ist viel eher, jedenfalls ebenso richtig anzunehmen, daß einer der Abschreiber sie hier vergessen hat. Aber eine

[1]) Sell, S. 334,

[2]) Rossi, S. 195.

solche Vermutung steht immer nur auf schwachen Füßen, und ist vor allem nicht berechtigt, wenn man sich, wie es hier der Fall ist, auch mit dem Stehenlassen der conductio zufriedenstellen kann. Es ist hier garnicht gesagt, daß die genannten Verträge an sich Eigentum nur mit der Tradition zu übertragen pflegen. Das hätte kein römischer Jurist sagen können. Sondern es besagt diese Stelle, daß die traditio Eigentum übertrüge, wenn der übereinstimmende Wille der Parteien auf Eigentumsübertragung gerichtet sei. Wir haben es hier mit einer der derivativen Eigentumserwerbsarten zu tun, welche „traditio" genannt wird. Der Eigentumsübergang kommt zustande durch Übergabe der Sache und Einigung der Parteien; die Einigung kann ausdrücklich oder stillschweigend sein, sie kann durch Worte oder Taten zutage treten. Stillschweigend und durch die Tat wird diese Einigung dargetan durch das bloße Geben und Nehmen von Fungibilien zum Zweck des Transports und der Verarbeitung, falls entweder ein Restituieren derselben Sache unmöglich oder nicht gewollt ist. Denn sollten diese Fungibilien als species behandelt werden, so wäre ein Hervorheben solcher Absicht notwendig. Geschieht dies nicht, so liegt im Grunde dieses Geschäfts die Einigung der Parteien auf Eigentumsübergang, und es tritt an die Stelle des bisherigen Zustandes ein obligatorisches Verhältnis zwischen Geber und Empfänger. Das Fehlen des Eigentumsübertragungswillens braucht natürlich auch nicht gerade durch Worte hervorgehoben zu sein, sondern es genügt, daß sich dies aus den Umständen ergibt. So ist auch in l 55 D 44, 7 die traditio gemeint, und dazu zieht Jacolenus dann einige Beispiele heran, bei denen eine traditio vorkommen kann, wozu bekanntlich auch die locatio conductio gehört. Es heißt also, wenn bei einer locatio conductio zu der traditio der Eigentumsübertragungswille hinzukomme, so gehe Eigentum über. Dagegen ist gewiß nichts einzuwenden. In unseren vorliegenden Fällen von Alfenus und Pomponius haben wir das Gesagte auf Beispiele angewandt. Ferner kann man sich über Javolenus nicht so sehr wundern, wenn man bedenkt, daß in älterer Zeit die Bezeichnungen venditor, locator, emtor, conductor nicht in strenger Scheidung gebraucht wurden, und auch, daß man sich bei der locatio conductio gar nicht selten der feierlichen Form der Eigentumsübertragung, der mancipatio,[1])

[1]) Glück, Teil 17 S. 271.

bediente verbunden mit einem pactum fiduciae auf remancipatio Hiermit ist die Theorie, welche einen Mischvertrag annehmen zu müssen glaubt, ihres Grundes beraubt, daß nämlich bei der locatio conductio kein Eigentumswechsel vorkommen könne. Solchen Vertrag nimmt z. B. Sell an, indem er für eine Mischung von locatio conductio und mutuum oder permutatio eintritt. Bynkershoek erwähnt schon, daß das Geschäft zum mutuum hinneige, was auch Cujacius angenommen habe, wie er durch eine Stelle aus demselben zeigt: [1])

„mutuum quodam genere contrahi, non ausim, inquit, dicere mutuum absolute, propterea quod operae merces intercedat: quam ob rem locatio conductio potius est, ex qua dominium mutatur."

Wir möchten hieraus eher das Verwerfen eines Mischvertrages als die Annahme eines solchen ersehen. Windscheid neigt ebenfalls zur Annahme eines Mischvertrages: [2])

„Eigentlich liegt in diesem Fall eine Mischung von Miet- und Austauschgeschäft vor."

Es ist aber noch zu erweisen übrig, daß die Annahme von mutuum oder permutatio nicht einmal gerechtfertigt ist. Sell stützt sich bei der Annahme des mutuum auf die Worte „in creditum ire", welche den Typus des mutuum darstellen sollen. Aus den Quellen ist aber ersichtlich, daß dies durchaus nicht der Fall ist, sondern daß vielmehr das mutuum nur einen kleinen Teil in dem weiten Begriff des creditum ausmacht, durch den im allgemeinen nur das Entstehen eines Obligationsverhältnisses bezeichnet wird. In einem Falle, in dem die Absicht der Parteien gar nicht auf ein mutuum gerichtet ist, sondern in dem die Ausführung eines Werkes Zweck des Geschäftes ist, wird durch nichts die Annahme gerechtfertigt, daß das creditum gerade in der engen Bedeutung als mutuum zu fassen sei. Auch verträgt es sich nicht mit der Natur des mutuum daß mit ihm Vereinbarungen verbunden werden, die auf ein Mehr in der Erstattung gehen, für welches ein merces gegeben werden soll.

Ebensowenig liegt ein Tausch vor. Auch die Bedeutung des Wortes permutatio ist allgemein und deutet nicht immer auf den Kontrakt dieses

[1]) Bynkershoek, p. 294.
[2]) Windscheid, S. 706.

Namens hin. Es gibt für das, was ausgedrückt werden soll, eben kein Wort, welches das Richtige treffender sagt, und deswegen findet es in unseren beiden Stellen Anwendung in dem allgemeinen Sinne, dem wir in den Digesten auch an anderen Stellen begegnen, so z. B. l 13 § 6 D 19,2. Auch geht klar aus der von uns eingangs wiedergegebenen l 34 pr. D 34, 2 hervor, daß der Gedanke an den Tauschkontrakt, der hier zugleich vorliege, unrichtig ist, da es heißt:

quippe quasi permutationem fecisse videatur.

Dies „quasi" beweist uns deutlich, daß wir es nicht mit einem Tauschvertrage zu tun haben, sondern daß das Wort nur vergleichsweise gebraucht ist.

Gegen die Annahme eines Mischvertrages spricht noch besonders, daß immer die römischen Juristen auf die Einheitlichkeit der Kontrakte hingewiesen haben, wie es namentlich an zweifelhaften Stellen hervortritt, so z. B. am Schluß der l 2 D 19,2, wo es heißt:

unum esse negotium, und wo dann der Fall als venditio entschieden wird; in der l 3 D 19,2 wird auch eine Mischbildung streng vermieden und festgestellt, daß zwei selbständige Kontrakte vorliegen. Diese Stelle lautet:

Quum fundus lotetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret quum quid aestimatum in dotem daretur.

Wir sehen hier bei der Pachtung eines Landgutes, bei welcher das Inventar abgeschätzt und in das Eigentum des Pächters übergeht, daß es sich um locatio und venditio handelt. Dieser Fall wird auch unter die locatio conductio irregularis gerechnet. Es liegen aber in Wirklichkeit zwei einzelne Kontrakte vor, in welcher Ansicht wir mit Crome[1]) und Rossi übereinstimmen. Der Eigentumsübergang vollzieht sich in diesem Falle also gar nicht bei der locatio conductio. Wir haben also hier wie dort keinen Grund zur Bildung eines Mischvertrages. Unserer Ansicht ist auch Rossi[2])

Certamente non era conforme allo spirito di questo diritto e all' eleganza classica eo ammettere questa duplicità del

[1]) Crome sagt in Anm. 11 S. 557, dies sei die Auffassung der Römer gewesen (aestimatio facit venditionem).

[2]) Rossi, S. 203.

negozio giuridico; però la questione aveva una grande importanza pratica, che è riconoscinta auche nel diritto odierno, ma presentava un caratere speciale nel diritto romano."

Dieſes ſcharfe Auseinanderhalten und Unterbringen von Verträgen in zweifelhaften Fällen hatte ſeinen ganz beſtimmten Grund. Denn es war bei der Eigenartigkeit des römiſchen Klageſyſtems von beſonderer Wichtigkeit, für einen etwaigen Prozeß von vornherein wegen der anzuſtrengenden Klage genau zu wiſſen, zu welcher Kontraktsart der vorliegende Fall gehöre. Daß ſich aber durch das Zulaſſen von Miſchverträgen hierin eine große Unſicherheit ergeben hätte, iſt klar. Dies Prinzip ſieht man deutlich in den Quellenſtellen über das **depositum**, welches von Alfenus in unſerer Stelle zum Vergleich herangezogen iſt. Es iſt der Fall des ſogenannten **depositum irregulare**, bei welchem Fungibilien deponiert werden mit der Abrede, tantundem zu erſtatten, und bei dem der Depoſitar entgegen dem gewöhnlichen Gebrauch beim depositum Eigentümer wird. Daß dies über die Grenzen eines Verwahrungsvertrages hinausgeht, iſt in die Augen fallend. Und trotzdem iſt die actio depositi gegeben; der Vertrag iſt alſo ein depositum. Ganz dasſelbe liegt in unſerem Falle vor und ſind, dem vorherigen Beiſpiel des l 31 entſprechend, jetzt die weiteren Konſequenzen daraus dahin zu ziehen: der conductor iſt Eigentümer geworden an dem aus Anlaß der locatio conductio operis hingegebenen Fungibilien, und doch bleibt die actio locati für den locator erhalten. Wir haben alſo ſehr wohl die Möglichkeit, eine locatio conductio mit Eigentumswechſel zuzulaſſen. So ſagt auch Sintenis[1]) in Anmerkung 21:

„Es iſt alſo die locatio conductio allein, und nicht eine Miſchung zweier Geſchäfte, welche hier das Eigentum überträgt."

Daß trotz dieſes Überganges von Eigentum der Vertrag eine locatio conductio bleibt, geht einmal aus ſeiner Stellung unter dem Titel locati conducti, dann aber auch aus zwei Stellen ſeiner l 31 hervor. Im Anfang derſelben heißt es:

rerum locatarum duo genera esse

Auf dieſe Worte iſt die Anſicht zweier Arten der locatio conductio operis geſtützt worden. Aber auch eine ſolche Abweichung hat Alfenus nicht konſtruieren wollen; er hat damit die locatio conductio operis

[1]) Sintenis, § 18.

nicht in eine reguläre und irreguläre zerlegt. Dann dürfte er nicht beginnen: rerum locatarum, sondern müßte sagen: operis locationis duo genera esse. Mit seiner Unterscheidung hat er etwas ganz Anderes beabsichtigt. Er schreibt gar nicht von verschiedenen Arten des Vertrages, sondern von den Sachen, welche Gegenstand des Vertrages sein können. Auch Bynkershoek[1]) verwirft die Annahme eines „novum genus locationis." Es ist also nur gesagt, daß bei beiden Arten von Sachen eine locatio conductio vorliegt, die nur in einiger Hinsicht, der Natur der Sache nach, verschiedene Rechtsfolgen haben. Ferner beweist der Wortlaut der l 31 noch einmal am Schlusse, daß wir es in der Tat mit einer locatio conductio zu tun haben. Dort heißt es:

conductorem culpam duntaxat debere,

wodurch uns wieder vor Augen geführt wird, daß es eine locatio conductio, daß der nauta ein conductor ist.

III. Der Wille, Eigentum zu übertragen, kann bei der Tradition sowohl auf einen sofortigen Eigentumsübergang gerichtet sein wie auch auf einen späteren, worüber die Parteien sich entweder bei Vertragsschluß äußern oder nicht. Mit dem Letzteren haben wir uns jetzt noch zu beschäftigen, da in unserem Falle die Rechtsfolgen aus der Parteiabsicht zu erforschen sind.

Da nämlich unsere Quellen von dem Zeitpunkte des Eigentumsüberganges, über eine Parteivereinbarung nichts sagen, so könnten bei einem solchen Kontrakte drei Momente in Betracht kommen:

1. der Augenblick der Übergabe des Materials an den Unternehmer;
2. der Augenblick der Verwendung anderen Materials seitens des Unternehmers und
3. der Augenblick der Überlieferung des Werkes nach Herstellung oder anderer Sachen nach erfolgtem Transport.

Um mit dem dritten Moment anzufangen, so scheint uns darin eine große Benachteiligung des Unternehmers zu liegen. Denn er könnte, so lange er nicht seinerseits den Vertrag erfüllt hätte, nicht gleichzeitig in anderer Weise das gelieferte Material verwenden; es würde doch den Wert einer solchen Abmachung sehr herabmindern, wenn die gelieferten Sachen so lange brach liegen sollten. In unserem Beispiel des Getreidetransports

[1]) Bynkershoek, p. 298.

wäre dies überhaupt nicht möglich, da naturgemäß, um eine Erfüllung des einzelnen Vertrages verwirklichen zu können, schon gleich in fremdes Gut hineingegriffen werden müßte. Nichts spricht in den beiden Quellenstellen für diese Annahme. Im Widerspruch befinden wir uns hierbei teilweise mit Buchholtz,[1]) der bei ausschließlicher Verwendung anderen als des hingegebenen Materials, das Eigentum unverändert beim Locator lassen will:

„Hier wird er (der Goldarbeiter) Eigentümer jenes Goldes erst nach Ablieferung dieser neuen species an den Besteller."

Zweitens könnte man denken, daß das Eigentum auf den Unternehmer übergeht in dem Zeitpunkte, wenn dieser anderen Stoff verwendet. Bis dahin bliebe er in seiner rechtlichen Lage unverändert, dann aber wechselte er den Eigentümer. Dieser Eigentumsübergang ließe sich etwa folgendermaßen konstruieren. Der Unternehmer, dem die Wahl gelassen ist, anderen Stoff zum Werke zu verwenden, würde, wenn er sich dazu entschließt, Eigentümer des empfangenen Stoffes durch brevi manu traditio, während das Eigentum an dem Material, welches nun wirklich verwendet wird, auf den Besteller vielleicht durch constitutum possessorium überginge. Der Moment aber, in welchem dies geschieht, wäre ganz unbestimmt und völlig dem Belieben und der Willkür des Unternehmers anheim gegeben. Diese Annahme scheint uns allzu sehr gekünstelt. Auch hätte es der Unternehmer einzig und allein in der Hand, das wichtigste dingliche Recht eines andern durch eine Handlung seinerseits, wann er wollte, zu vernichten und auf sich zu übertragen. Eine solche Behandlung im Rahmen eines Kontraktes müssen wir als unangebracht bezeichnen. Es würden sich auch große Schwierigkeiten ergeben, in den einzelnen Fällen den Übergang des Eigentums, der doch von größter Wichtigkeit wäre, präzise festzustellen, und würde dadurch die Annahme eines solchen Eigentumswechsels vielfach zu Unzuträglichkeiten Anlaß geben. Unsere beiden Fragmente weisen auch für eine solche Deutung nichts auf, wenn man sie nicht aus dem Worte „quatenus" entnehmen will, mit dem wir uns noch unten beschäftigen werden.

Puntschart[2]) vertritt die von uns zurückgewiesene Anschauung, wenn auch nicht sehr entschieden, indem er sagt:

[1]) Buchholtz, S. 13.
[2]) Puntschart, S. 472.

„In diesem Falle findet der Eigentumsübergang wohl erst mit Beginn der Arbeit statt"

und: [1])

„Also ginge hier auch das Eigentum des hingegebenen Goldes . . . . . erst mit Beginn der Arbeit an dem anderen Golde auf den conductor über."

Endlich kann als Augenblick des Eigentumsüberganges die Übergabe des Stoffes angesehen werden, bei welcher eine solche Vereinbarung erfolgt oder Voraussetzung ist oder durch konkludente Handlung sich ergibt. Der sofortige Eigentumsübergang ist recht deutlich zu sehen an unserem Beispiel vom Getreidetransport. Durch das Zusammenschütten hört das juristische Einzeldasein für den Anteil eines jeden auf; das liegt in der Natur des Gegenstandes, da ja nur noch ein großer Haufen existiert. Es muß folglich, da eine Vindikation unmöglich geworden ist, sofort ein obligatorisches Verhältnis an die Stelle getreten sein, wie dies auch in der l 31 D 19, 2 deutlich hervorgehoben wird mit den Worten:

ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret.

Das Eigentum der Einzelnen ist also im Moment des Zusammenschüttens unter- und auf den Schiffer übergegangen, gegen den die bisherigen Eigentümer nun ein Forderungsrecht auf tantundem ejusdem generis haben. Ebenso scheint uns die l 34 pr. D 34, 2 für den sofortigen Eigentumsübergang zu sprechen, wenn sie sagt:

quatenus dominium transit ejus auri ad aurificem.

In dieser Stelle kommt es allerdings ganz darauf an, wie man das Wort „quatenus" deutet. Wir übersetzen es mit „in Anbetracht, daß", wie es die meisten tun, während z. B. Buchholtz und Puntschart „wenn bis dahin" gesagt wissen wollen und damit zu dem oben zurückgewiesenen Zeitpunkt des Eigentumsüberganges gelangen. Windscheid ist nicht nur unserer Ansicht, sondern will, um das Richtige noch schärfer bezeichnet zu haben, quatenus durch protinus = sofort ersetzen. So sagt er in Anm. 12 S. 706:

„„quatenus dominium transit", wo aber statt quatenus ohne Zweifel zu lesen ist protinus".

---

[1]) Puntschart S. 474.

Notwendig ist eine solche Änderung aber nicht, da ja für quatenus seine Bedeutung als „in Anbetracht, daß" zur Verfügung steht und genügt; da ferner das protinus gar nicht in die Satzbildung paßt, sie vielmehr dadurch nur gestört würde. Den sofortigen Eigentumsübergang lassen außerdem auch noch viele andere eintreten, von denen einige hier Platz finden mögen. Keller[1]) sagt im § 342, daß

das Eigentum also unter- und auf den Schiffer übergegangen sei,

und ferner,

ganz natürlich sagten die Römer, der Empfänger des Metalles würde Eigentümer.

Glück, Teil 15 S. 168:

„Das Eigentum der zur Bearbeitung gegebenen Materie geht hier auf den Locator über, weil es dem Besteller gleich viel gelten kann, ob der Goldschmied die bestellten Sachen aus der ihm dazu gegebenen Materie, oder aus seiner eigenen verfertiget."

In Teil 17 S. 427 sagt derselbe Schriftsteller:

„in dem letzteren aber geht das Eigentum auf den Übernehmer der Dienste über."

Thibant[2]) schreibt:

„ein Eigentumsübergang sei der Fall, wenn jemand sich die Bearbeitung fungibiler Sachen bedinge",

und Windscheid:[3])

„In diesem Falle wird der Arbeiter Eigentümer und trägt die Gefahr."

§ 5.

Die Frage der Gefahrtragung.

I. Es ist nunmehr zu untersuchen, welchen Einfluß ein solcher Kontrakt auf die Tragung der Gefahr ausübt. Die Frage nach der Gefahrtragung ist ein vielumstrittenes Kapitel des gemeinen Rechts. Nicht nur, wer die Gefahr zu tragen hat, ist verschieden beantwortet, sondern auch schon, was darunter verstanden wird, hat vielfache Kontroversen hervorgerufen. Es ist daher erforderlich, daß wir uns zunächst kurz mit der Frage beschäftigen, was unter Gefahr, „periculum", zu verstehen ist.

[1]) Keller S. 648.
[2]) Thibaut S. 377.
[3]) Windscheid, S. 705.

Das Wort „periculum" wird von den Quellen in verschiedener Bedeutung gebraucht, und es ist nicht immer leicht, ja oft nicht möglich, mit Bestimmtheit einen genau abgegrenzten Begriff dafür zu nennen.[1])

Es kann sich handeln um periculum culpae, casus, vis majoris; diese Worte finden sich auch häufig hinzugefügt. Ferner kann das Wort bedeuten die Gefahr selbst oder die Tragung derselben. Eine Gefahr kann dem Werke auf verschiedene Weise entstehen; sie läßt sich folgendermaßen scheiden: entweder entsteht sie durch Verschulden eines Kontrahenten d. h. durch dolus oder culpa, oder sie entsteht durch ein Ereignis, welches außerhalb des Willens der beteiligten Personen liegt d. h. durch casus. Die Frage nach der Haftung für letzteren ist für unseren Fall die meist umstrittene Frage des gemeinen Rechts.

Allgemein anerkannt ist die Haftung des conductor bei der Anfertigung oder Ausführung eines opus für dolus und culpa, also für jedes Verschulden seiner selbst und seiner Gehilfen (l 13 § 1 u. 2 D 19, 2; l 25 § 7 D 19, 2).

II. In der casus-Frage stehen sich im wesentlichen drei Richtungen gegenüber, deren Unterscheidung kurz mit den beiden Sätzen:

locatoris est periculum

und

conductoris est periculum

bezeichnet zu werden pflegt. Diese letztere Richtung spaltet sich noch wieder:

conductoris est periculum bis zur Vollendung

und

conductoris est periculum bis zur approbatio operis.

Die verschiedenen Richtungen stützen sich auf eine Anzahl Quellenstellen, welche zum Teil unklar, zum Teil sich widersprechend sind, und kommen zu einem der oben genannten Grundsätze, indem die eine Richtung mehr Gewicht auf diese, die andere auf jene Quellenstelle legt. Erstere Theorie kann man als die ältere, die letzteren beiden als die neuere bezeichnen. Es besteht aber keine dieser Regeln uneingeschränkt Namentlich die Aufstellung des Grundsatzes: locatoris est periculum bedingt so viele Ausnahmen, daß er seinen Namen als Regel nicht mehr

[1]) Mommsen, S. 238.

verdient. Die zweite Ansicht hat verschiedene Quellenstellen für sich aufzuweisen, gerät aber doch mit anderen in Konflikt, die sich zu Gunsten der dritten Anschauung aussprechen und jene dadurch widerlegen. So herrscht hinsichtlich der Gefahr, abweichend vom Kauf: emtoris est periculum, aber übereinstimmend mit den übrigen gegenseitigen Verträgen der Grundsatz, daß der conductor bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr nicht zwar betreffs des ihm vom locator gegebenen Stoffes als solchen, wohl aber betreffs seiner Leistung trägt l 30 § 1 D 19, 2. Das entspricht dem Wesen der locatio conductio operis, da die Vergütung nicht für die Arbeit als solche, sondern für das Arbeitsprodukt zugesagt ist; das rechtfertigt sich ferner durch die Erwägung, daß dem locator die Übernahme der Gefahr nicht zugemutet werden darf, so lange er nicht die Vertragsmäßigkeit des opus geprüft hat. Auch bietet diese strenge Haftung Ersatz für den Mangel der ädilizischen Klagen. Diese Anschauung, deren Vertreter besonders Dernburg[1]) ist, stützt sich hauptsächlich auf folgende Quellenstellen:

l 36 D 19,2: Opus quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est;

und später heißt es an gleicher Stelle:

Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit.

l 37 D. 19,2: Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

l 62 D 19, 2: Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras antequam cum probares, labes corrumpit, tuum periculum est

und Paulus fügt diesen Worten des Labeo hinzu:

imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Aus diesen Quellenstellen geht zur Genüge hervor, daß grundsätzlich der conductor die Gefahr bis zur approbatio operis trägt. Doch gilt, wie ebenfalls aus den Stellen zu ersehen, dieser Satz nicht unbeschränkt, sondern zur Vermeidung von Härten waren Ausnahmen geboten: locatoris est periculum, wenn ein Zufall in dem hingegebenen Material begründet lag, und wenn vi majore die Sache zu Grunde ging.

[1]) Dernburg, S. 315.

Dann erhält der conductor trotz des Unterganges des Werkes den vereinbarten Preis ganz oder teilweise gezahlt. Dagegen hat einen casus, der operis vitio entstanden ist, gleichsam als ein Verschulden, der conductor zu vertreten. Die Worte nisi si aliud actum sit in l 36 D 19, 2 bedeuten die Möglichkeit einer Änderung in dieser grundsätzlichen Haftung. Es fragt sich, ob in unserem Rechtsfall eine solche eingetreten ist, d. h. ob bei der sogenannten locatio conductio operis irregularis eine andere Normierung der Gefahrtragung besteht.

III. Diese Frage wird von manchen Rechtslehrern verneint, von manchen bejaht. Diejenigen, die das Eigentum nicht oder nicht gleich auf den conductor übergehen lassen wollen, treten meistens auch dem entgegen, daß der conductor den casus schlechthin tragen solle; so entscheiden sich hauptsächlich Brinz und Puntschart.[1]) Letzterer tut dies, indem er ausführt, daß

> der conductor eben, um nicht die Gefahr tragen zu müssen, nicht das Eigentum erwürbe,

und

> weil er nicht Eigentümer sei, nicht die Gefahr trüge.

Sintenis[2]) läßt zwar das Eigentum übergehen, die Gefahr des Zufalls aber den locator weitertragen mit den Worten:

> „ohne daß ihn jedoch infolgedessen die Gefahr träfe."

Ebenso spricht sich Buchholtz[3]) aus, indem er sagt:

> daß trotz des übergegangenen Eigentums, ihn nicht zugleich der Zufall träfe, sondern daß er hieran ganz nach den gewöhnlichen Regeln der Miete nur diligentia zu prästieren habe,

und schließt seine Ausführungen damit, daß er mit Wening-Ingenheim sagt:

> „Bei der conductio operis trägt den wahren eigentlichen Zufall, d. h. den Schaden, welchen keine prästable culpa veranlaßt, immer der Besteller."

Wir glauben dem aus verschiedenen Gründen nicht beipflichten zu dürfen. Auch die meisten Vertreter des Eigentumsüberganges lassen den Zufall den conductor tragen. Mit vollem Recht! Allerdings nicht nach

[1]) Puntschart S. 475.
[2]) Sintenis § 118.
[3]) Buchholtz, S. 15, 16.

dem Satze: casum sentit dominus, dessen Unrichtigkeit Wächter im Archiv für civilistische Praxis, Band 15 und Mommsen a. a. O. S. 247 ff. nachgewiesen haben. Nicht als ob dieser Satz gänzlich unrichtig wäre, aber das entscheidende Moment liegt nicht immer darin. Hier trifft es allerdings auch zu, denn der conductor ist in unserem Fall Eigentümer geworden; aber die Gefahr trägt er nicht gerade deswegen, sondern weil er infolgedessen Gattungsschuldner geworden ist, indem er das verlangte opus zu leisten hat an einem Gegenstande des genus, dem der hingegebene Gegenstand angehörte. Aus der Tatsache, daß das Eigentum übergegangen ist, kann man allerdings vielfach darauf schließen, daß nicht gerade die übergebene Sache allein als Obligationsobjekt betrachtet werden solle, sondern eine Sache dieses genus. Da wir es hier bei der sogenannten locatio conductio operis irregularis mit einer Gattungsschuld zu tun haben, so finden auch deren Vorschriften über Gefahrtragung entsprechende Anwendung. Durch das genus ist der Umfang der Obligation gekennzeichnet, innerhalb dessen sich ein zur Befreiung des Schuldners geeigneter Gegenstand befindet. Solange noch ein Stück dieses genus vorhanden ist, kann der Schuldner seiner Verbindlichkeit noch nachkommen und zu ihrer Erfüllung angehalten werden; ein casus, der nur die hingegebene Sache trifft, macht die Leistung aus dem genus noch nicht unmöglich, und der Schuldner wird dadurch also nicht befreit. Eine Befreiung tritt nur dann ein, wenn diese Beschränkung trotz der vorliegenden Vereinbarung die Absicht der Parteien gewesen ist, oder wenn vonseiten des locator, des Gläubigers, durch die Hingabe gerade dieses Stoffes mit der gedachten Vereinbarung dolos gehandelt war. Die Regel ist in dieser Hinsicht: genus perire non censetur; aber zuweilen kann auch der Fall eintreten, daß ein ganzes genus untergeht, so daß damit eine Befreiung bewirkt wird. In unserem Kontrakt ist der conductor also wie ein gewöhnlicher Gattungsschuldner anzusehen. Ein solcher Schuldner befreit sich von der Gefahrtragung dadurch, daß er erfüllt, d. h. gehörig anbietet. Bei der locatio conductio operis irregularis ist aber mit der Sache an sich ebensowenig erfüllt wie bei der locatio conductio operis überhaupt, sondern erst mit dem an derselben vollführten opus; denn das opus ist Zweck des Vertrages. Ehe also das opus nicht hergestellt ist, kann auch von keiner Erfüllung gesprochen werden. Wenn aber wegen eines Zufalls das hingegebene Material nicht zu verwenden ist,

so kann immer noch geleistet werden, da ja Material ejusdem generis vorhanden ist, dessen der conductor sich zur Ausführung des versprochenen opus bedienen kann. Erst dann hat der conductor bei einer locatio conductio operis irregularis die Möglichkeit sich von der Gefahr zu befreien. Unsere Ansicht findet ihre Stütze in derjenigen vieler gemeinrechtlicher Schriftsteller, von denen einige angeführt seien.

Mommsen[1]) sagt zu l 31 D 19, 2:

„Wenn dort für den Fall, daß die Verpflichtung des Arbeiters nicht auf Verwendung des bestimmten hingegebenen Materials geht, gesagt wird: „„ex ea causa in creditum iri““, so soll damit gewiß ausgedrückt werden, daß der Schuldner hier ebenso, wie beim mutuum, die Gefahr trage, da eben die ganze Stelle darauf sich bezieht."

Einen derartigen Fall erwähne auch l 34 pr. D 34, 2:[2])

„Auch die Gefahr der übergebenen Sachen trägt der Empfänger."

Windscheid[3]) sagt in der schon oben erwähnten Stelle, daß der Empfänger die Gefahr der ihm übergebenen Sachen trüge.

Diejenigen, welche den conductor auch bei der sogenannten locatio conductio operis irregularis nicht die Gefahr tragen lassen wollen, stützen sich auf die Worte in l 31:

conductorem culpam duntaxat debere.

Diese erklären sich aber vollkommen und zwanglos daraus, daß das genus auf das Getreide, welches sich im Schiffsraum befand, durch Vereinbarung beschränkt war. Es handelt sich in dem Beispiel vom Getreidetransport in l 31 eben gar nicht um eine wahre Gattungsschuld, sondern um eine besondere Art derselben, die eigentlich gar keine ist, d. h. um eine beschränkte Gattungsschuld. Das genus ist hier das in das Schiff geschüttete Getreide; man kann es auch als species bezeichnen, nämlich als die im Schiff befindliche Masse. Nur in Ansehung der einzelnen Anteile, der jedem locator gebührenden species ist sie als genus zu betrachten. Geht das Schiff unter, so ist dies sogenannte genus auch untergegangen, und der Schiffer, conductor, ist von seiner Verbindlichkeit frei, wenn ihn keine culpa trifft. Diese kann aber nicht in dem Befriedigen eines Gläubigers gesucht werden, quoniam alicui primum

[1]) Mommsen, S. 284.
[2]) Karlowa, S. 418.
[3]) Windscheid, S. 705.

reddere eum necesse fuisset, wie Alfenus bemerkt. So äußert sich auch Karlowa nach Aufstellung obigen Prinzips für die Gefahrtragung:[1])

„Nach der von Mommsen, Windscheid u. a. gegebenen richtigen Erklärung des in l 31 cit. behandelten Falles steht die Entscheidung desselben mit jenem Satze nicht in Widerspruch."

Einige Stellen, die sich darüber finden, mögen hier noch gebracht werden.

Mommsen S. 285:

„„Nicht dagegen ist l 31 D locati (19, 2), wo es gegen das Ende heißt: der conductor habe auch dann, wenn „in simili re solvi possit", nur culpa zu prästieren. Die Schwierigkeit löst sich durch eine genauere Betrachtung des Falles.""

Windscheid[2]) sagt,

daß sich die Entscheidung am Schlusse der l 31 cit. vollkommen daraus erkläre, daß in dem von der Stelle behandelten Falle die Verbindlichkeit des Empfängers vertragsmäßig auf das im Schiff befindliche Getreide beschränkt wäre.

Keller[3]) spricht sich darüber, wie folgt, aus:

„Wäre er aus dem ganzen genus und nicht bloß aus diesem Haufen schuldig, so könnte ihn jener casus nicht befreien, weil dadurch ja nicht das ganze genus untergegangen ist."

Bei Keller findet sich also die Bestätigung unserer Ansicht sowohl für das aufgestellte Prinzip, wie für die Erklärung des scheinbaren Widerspruchs in l 31 D 19,2. Die sogenannte locatio conductio operis irregularis des gemeinen Rechts ist also eine locatio conductio operis, bei der das Eigentum und die Gefahr auf den conductor übergehen. Diese Ansicht finden wir auch bei Keller, 4) wo es heißt:

„Daß aber dieses ganze Geschäftsverhältnis unter der Regel der locatio conductio stehen bleibt, wird in unserer Stelle als unzweifelhaft angenommen."

---

[1]) Karlowa, S. 418.
[2]) Windscheid, S. 703.
[3]) Keller, S. 648.
[4]) Keller, S. 648.

§ 6.

Die sonstigen Rechtsfolgen.

Als besonderer Fall der locatio conductio operis unterliegt die sogenannte locatio conductio operis irregularis, abgesehen von den besprochenen Abweichungen, den gleichen Rechtsregeln wie jene. Über diese Rechtssätze der locatio conductio operis können wir uns daher kurz fassen, indem wir im folgenden nur einen raschen Überblick über die weitere Gestaltung geben.

Der conductor insbesondere muß „rechtzeitig",[1]) „vertragsmäßig" und „fehlerlos" leisten, und zwar unter voller Haftung für das Verschulden seiner Gehülfen l 25 § 7 D 19,2. Wenn der conductor nicht rechtzeitig liefert, so hat der locator, je nachdem die Lieferungszeit fest bestimmt, also zur Bedingung der Leistung gemacht war, oder nicht, das Recht, entweder von dem Vertrage zurückzutreten und im Falle eines Verschuldens des conductor Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder aber bei verspätetem Angebot Schadenersatz wegen verzögerter Leistung zu fordern. Bei mangelhafter Lieferung stehen dem locator nicht wie dem emtor die ädilizischen Klagen zu; die actio locati gibt ihm nur das Recht, Beseitigung des Mangels zu verlangen. Erfolgt diese nicht in angemessener Frist, so kann der locator entweder das minderwertige Werk annehmen und Preisminderung verlangen, oder er kann, wie bei Nichteinhaltung der Lieferungszeit, vom Vertrage zurücktreten und im Falle eines Verschuldens des conductor Schadenersatz beanspruchen, wie wir nach Dernburg, Pandekten § 113, und Engelmann S. 368 f. folgern. Der locator insbesondere ist verpflichtet, das vertragsgemäß vollendete Werk abzunehmen l 24 pr D 19,2 und die vereinbarte Vergütung, und zwar im Zweifel erst nach Abnahme des ganzen Werkes, bei anderweitiger Abrede aber auch in Pausen je nach Fortschreiten des Werkes zu zahlen l 51 § 1 D 19,2. Die gleiche Verpflichtung trifft den locator, wenn er kontraktswidrig gekündigt und dadurch den conductor an der Vollendung des Unternehmens gehindert hat. In der vorbehaltlosen Annahme des hergestellten und geprüften Werkes liegt die Billigung desselben; für später entdeckte Mängel haftet der conductor nur dann, wenn sie, was locator zu beweisen hat, bei der ordnungsmäßigen

[1]) Dernburg, Pandekten S. 313.

Prüfung nicht zu erkennen waren, oder wenn der conductor diese Mängel bei Abnahme des Werkes dolos verheimlicht hat l 24 pr. D 19, 2.

Zweiter Hauptteil.

Die sogenannte locatio conductio operis irregularis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 7.

Die Stellungnahme des Gesetzgebers.

Wir wenden uns jetzt dazu, nach dem B. G.-B. diesen Vertrag zu betrachten, den Riezler[1]) „den Werkvertrag mit gestattetem Stoffersatz" nennt. Bei der Betrachtung nach gemeinem Rechte haben wir gesehen, daß er unter der locatio conductio stehen blieb infolge des römischen Aktionensystems, dessen Formen sich die Verträge zu unterwerfen hatten. Das büregrliche Recht braucht dies nicht zu verlangen, da nicht nur diejenigen Verträge, die gesetzlich formiert sind, Klagen geben. Es ist vielmehr für die Parteien volle Vertragsfreiheit vorhanden, d. h. die Möglichkeit, auch solche Verträge abzuschließen, für die im Gesetz nicht durch besondere Normen Fürsorge getroffen ist. Die Vorschriften des Gesetzes sind also hier durchweg dispositiver Natur mit Ausnahme einiger solcher sozialpolitischen Inhalts. So hat sich das Gesetz auch für Verträge der uns beschäftigenden Art dahin entschieden, keine Rechtsnorm für mögliche Fälle aufzustellen, obwohl die Mutter des zweiten Buches unseres Gesetzes, der Dresdener Entwurf eines Gesetzes über die Schuldverhältnisse, eine solche Bestimmung enthielt; ebenfalls das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch hatte dafür in einem Satze des § 1244 gesorgt. Wir lassen die betreffenden Stellen hier Platz finden. Im Dresdener Entwurf Artikel 635,2 heißt es:

> Auch ist es eine Werkverdingung, wenn dem Unternehmer gestattet ist, statt des ihm von dem Besteller gelieferten Stoffes einen andern Stoff von gleicher Art, Menge und Güte zu verwenden. In diesem letzteren Falle geht die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des

[1]) Riezler, S. 70.

von dem Besteller gelieferten Stoffes sofort mit dessen Übergabe, das Eigentum aber erst dann auf den Unternehmer über, wenn derselbe zu der Ausführung des Werkes anderen Stoff verwendet.

Im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche § 1244 lautet die hierher gehörende Stelle:

Doch ist es ein Verdingungsvertrag, wenn dem Unternehmer gestattet ist, an Stelle des ihm gelieferten Stoffes anderen Stoff von gleicher Gattung und Güte zu verwenden; der Übernehmer erwirbt in dem letzteren Falle den ihm gelieferten Stoff, wenn er anderen verwendet.

Auch das österreichische allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das zwar nicht ausdrücklich sich mit diesem Vertrage beschäftigt, hat implicite im Lohnvertrage §1158 eine Regelung desselben vorgenommen. Die Gründe, welche dazu geführt haben, solche Fälle zu übergehen, mögen triftig genug gewesen sein; denn sonst hätte der Gesetzgeber, der in so mancher Beziehung altem Rechtsstreit ein Ende gemacht hat, auch hier sicher Wandel geschaffen. Besonders haben davon abgeschreckt die Vielgestaltigkeit, die ein derartiger Vertrag haben kann, und die Schwierigkeit, für alle Fälle eine gemeinsame Norm aufzustellen, die allen möglichst gerecht wird, ohne einen in seiner Natur zu beschränken. Riezler[1]) sagt allerdings:

„„Anstatt diesem Streite durch eine positive Gesetzesbestimmung ein Ende zu bereiten, haben sich die Verfasser des B. G. B. leider „für Übergehung des in Rede stehenden Falles entschieden""""

und meint dann weiter:

„Es wäre nicht zu kühn gewesen, wenn der Gesetzgeber unter Überwindung seiner dogmatischen Skrupel dem praktisch brauchbaren Vorbilde des § 1244 des sächsischen Gesetzbuchs gefolgt wäre."

Wir lassen hier die Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches selbst den vom Gesetz eingenommenen Standpunkt jetzt verteidigen, in denen es Bd. II S. 477 heißt:

„Welche Bedeutung der Vereinbarung zukommt, läßt sich nur nach den Umständen des gegebenen Falles beurteilen. Die Regelung des sächs. G. B. bezw. des Dresd. Entw. paßt sichtbar nur für eine begrenzte Zahl von Fällen, insbesondere für die in gewissen Industriebezirken üblichen Verträge zwischen Fabrikanten und Hausindustrie-

[1]) Riezler, S. 71.

arbeitern. Es ist nicht zulässig, nach solchen Fällen die allgemeine Rechtsnorm einzurichten. Auch fehlt das Bedürfnis, für dieselben im Gesetzbuche besondere Vorsorge zu treffen. Die Privatautonomie, in Verbindung mit der bei der Auslegung der Verträge auf Verkehrssitten zu nehmenden Rücksicht (§ 359), ist vollkommen ausreichend.

Da das Gesetz also keine besonderen Regeln für diesen Vertrag gebracht hat, so muß er nach den vorhandenen Umständen beurteilt werden, wozu ausdrückliche oder stillschweigende Parteiabsicht und Verkehrssitte die Handhaben bieten sollen, um dann für das sich jeweilig ergebende Rechtsverhältnis die einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu finden.

§ 8.

Die Voraussetzungen zur Annahme solchen Vertrages.

Zunächst kann es sich schon um die Frage handeln, ob überhaupt ein „Werkvertrag mit gestattetem Stoffersatz" vorliegt, und zweitens, welche Rechtsfolgen diesem Vertrage beizulegen sind.

Es steht natürlich in der Macht der Parteien, durch ihre ausdrückliche Vereinbarung einen solchen Vertrag ins Leben zu rufen. Ebenso kann auch aus konkludenten Handlungen das Vorliegen eines Vertrages dieser Art sich ergeben, z. B. ein Landmann fährt Weizen zur Mühle, um Mehl zu erhalten, und schüttet ihn mit anderem bereits dort lagernden Weizen zusammen; dann geht daraus hervor, daß es ihm wohl um ein bestimmtes Quantum Weizenmehl zu tun ist, daß ihm aber nicht daran liegt, gerade aus dem von ihm zugefahrenen Weizen sein Mehl zu bekommen. Schwieriger gestaltet sich die Frage, ob ein solcher Vertrag auch angenommen werden kann, wenn keine solche Anzeichen vorliegen, die auf Erstattungsberechtigung gleicher Art und Güte hinweisen, sondern wenn vertretbare Sachen, ohne daß hierüber etwas beredet ist, zum Verarbeiten hingegeben sind. Wir meinen, daß im Zweifel der Unternehmer dasselbe Material zu verwenden hat. Denn zu dem Zwecke der Verarbeitung gibt der Besteller sein Material hin, um daraus ein Werk verfertigt wieder zu erhalten. Aber auch dann wird es, bei dieser fehlenden Vereinbarung, immer auf den einzelnen Fall ankommen, ob der Vertrag nach dieser Richtung hin auszulegen ist, d. h. ob es dem Willen der Parteien entgegen gewesen ist oder nicht, eine solche Wahlberechtigung stillschweigend zu verabreden. Hierzu werden „Treu und Glauben mit Rück-

sicht auf die Verkehrssitte" gemäß § 157 des B. G. B. einen Anhaltspunkt geben müssen. Nach ihnen ist zu erforschen, was die Parteien mit dem Vertrage gewollt haben, und danach mit § 242 des B. G. B., was die Parteien der Billigkeit entsprechend einander zu leisten verpflichtet sind. Dabei kommt in Betracht, was in den verschiedenen Landesgegenden und in den verschiedenen Bevölkerungsschichten herkömmlich ist. Ein solcher Vertrag mit gestattetem Stoffersatz kann sich z. B. als im Interesse des Bestellers liegend darstellen, so daß es ihm um Erhaltung desselben Materials nicht nur nicht besonders zu tun ist, sondern ihm der Ersatz sogar noch Vorteil schafft. Auf der anderen Seite kann die Berechtigung, einen solchen Vertrag annehmen zu dürfen, im Unternehmer begründet liegen. Man wird nämlich solchen Vertrag als vorliegend erachten können, wenn die Persönlichkeit und die Vermögenslage des Unternehmers ein solches Vertrauen erwecken, daß der Besteller in der Redlichkeit und den Verhältnissen seines Kontrahenten die ausreichende Gewähr für eine Befriedigung seiner Ansprüche auch dann findet, wenn er sein dingliches Recht gegen ein obligatorisches vertauschen müßte. Haben wir es nun mit solchem Vertrage zu tun, so tritt die Frage nach seinen rechtlichen Folgen an uns heran.

§ 9.

Die rechtlichen Folgen eines solchen Vertrages.

I. Die wichtigste Frage, um die sich meistens alle anderen scharen, ist auch heute wieder die Frage nach den Eigentumsverhältnissen. Wir haben zu unterscheiden, ob über einen Eigentumswechsel eine Vereinbarung stattgefunden hat oder nicht. Hat eine solche stattgefunden, so kann erstens die Absicht zu erkennen sein, daß das Eigentum sogleich übergehen soll. Es kann aber auch als Absicht der Parteien aus dem Vertrage hervorgehen, daß das Eigentum nicht sogleich übergehen soll. Dadurch gestaltet sich eine Beurteilung der Vertragsfolgen wesentlich einfacher, da der Wille der Parteien die Richtschnur abgibt. Meistens wird es jedoch von den Parteien verabsäumt werden, sich präzise über ihre Absichten auszusprechen, und wir werden daher in den weitaus häufigsten Fällen den Willen derselben durch Interpretation finden müssen. Wenn aber auch über eine solche Absicht der Parteien nichts zu ersehen ist bei der Übergabe des Materials, so ist doch jedenfalls ein wenn auch erst späterer Eigentumswechsel als möglich gedacht, dessen Zeitpunkt nur un-

bestimmt ist und Zweifel hervorrufen kann. Es könnten wieder wie oben die drei Momente in Betracht kommen: Die Übergabe des Stoffes, die Verwendung anderen Stoffes, und die Übergabe des aus anderem Stoffe hergestellten Werkes, oder die Überlieferung anderen Stoffes nach erfolgtem Transport. Wir werden im Folgenden die verschiedenen Fälle zu untersuchen haben, je nach dem ob eine erkennbare Parteiabsicht vorliegt oder nicht.

II. Geht eine solche Absicht der Parteien auf sofortige Eigentumsübertragung aus ihrem Vertrage hervor, so gestaltet er sich von vornherein zu einem nach § 651 des B. G. B. zu beurteilenden sogenannten Werklieferungsvertrage. Der gegebene Stoff ist dann entweder überhaupt als veräußert anzusehen und der Vertrag über das herzustellende Werk nach § 651 zu beurteilen, oder der Stoff gilt als ein in Naturalien bestehender, im voraus gezahlter Preis, von dessen eigentlicher Gesamthöhe dann nur noch die vereinbarte Vergütung zu zahlen übrig bleibt. Ersteres will Planck[1]) in den meisten Fällen annehmen, auch ohne ausgesprochene Parteiabsicht; letztere Auffassung vertritt Crome[2]) für den Fall, daß die Absicht des Eigentumsüberganges erkennbar ist. Kraft Parteiwillens geht also hier das Eigentum am Stoff sofort auf den Unternehmer über. Bei dieser Sachlage ist der Unternehmer einzig und allein derjenige, welcher den Stoff liefert, da er aus seinem Eigentum, stammt; woher er ihn aber für auszuführende Arbeiten bezieht, kann für das juristische Wesen des Vertrages gleichgültig sein. Diese Ansicht wird auch von Emerich[3]) vertreten.

Weil wir unter solchen Umständen mit diesem Vertrage, wie gesagt, zur Anwendung des § 651 gelangen, müssen an dieser Stelle in Kürze die Vorschriften dieses Paragraphen dargelegt werden; eine eingehende Darstellung würde uns zu weit über die Grenzen unserer Arbeit hinausführen. Auf Grund dieses Paragraphen finden auf diesen Vertrag teils die Vorschriften des Kaufs Anwendung, teils die des Werkvertrages. Überwiegend, ja fast ausschließlich, kommen die Vorschriften des Kaufs, falls es sich um Herstellung einer vertretbaren Sache, sogenannter Dutzendware, handelt, zur Anwendung. Ist dagegen eine nicht

[1]) Planck, S. 390.
[2]) Crome, S. 706.
[3]) Emerich, S. 9.

vertretbare Sache vertragsmäßig herzustellen, so finden zwar auch die Kaufvorschriften Anwendung, aber an Stelle eines großen Teiles derselben treten die des Werkvertrages, so daß sie in Wirklichkeit hierbei das Übergewicht haben.

Daß sich unsere Betrachtung hier plötzlich in vertretbare und nicht vertretbare Sachen scheidet, ist keine Durchbrechung des Prinzips unseres Vertrages. Bei ihm handelt es sich um den Stoff zum Werke, welcher eine vertretbare Sache sein muß, während der § 651 mit seiner Trennung das aus dem Stoff herzustellende Werk unterscheidet. Ein Beispiel möge dies zeigen. Geben wir reines Gold zur Münze und lassen uns Goldstücke prägen, so erhalten wir aus vertretbarem Stoff vertretbare Sachen hergestellt. Geben wir aber gleiches Gold, um uns ein Kunstwerk verfertigen zu lassen, so erhalten wir aus demselben vertretbaren Stoffe jetzt eine nicht vertretbare Sache hergestellt. Es verstößt also nicht gegen die Voraussetzungen unseres Vertrages, die Teilung des § 651 auf ihn anzuwenden; sie besagt etwas ganz anderes.

Wir sagten, daß teils die Vorschriften des Kaufs, teils die des Werkvertrages Anwendung finden. Anderer Meinung sind, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt, Planck u. a.,[1]) welche den Vertrag als reinen Kauf behandelt wissen wollen, dabei aber alle mehr oder weniger ihrem Grundsatze untreu werden müssen, weil er eben nicht streng durchzuführen ist. Planck führt an der Stelle aus:

> wenn eine vertretbare Sache hergestellt werden solle, sei der Vertrag in allen Stücken wie ein Kaufvertrag zu behandeln. Der Besteller habe keinen Anspruch auf Herstellung der Sache, sondern könne nur auf Lieferung klagen.

Unserer Ansicht stehen Emerich[2]) u. a. zur Seite. Würden ausschließlich die Vorschriften des Kaufs Anwendung finden, so hätte der Besteller keine Klage auf Herstellung. Wir stehen hiermit zwar ziemlich allein, aber das ist doch gerade der im Anfang des § 651 enthaltene Gedanke, das Gemeinsame für vertretbare und nicht vertretbare Sachen. In der Herstellung besteht die erste Verpflichtung des Unternehmers; soll aber der Unternehmer auch anderweitig gefertigte Sachen liefern können, so ist dazu eine Abrede der Parteien notwendig; eine dahin zielende

[1]) Planck, S. 391; Riezler, S. 65; Jahnke S. 21.
[2]) Emerich, S. 9 ff.

Vereinbarung wird der Unternehmer, um sich zu schützen, gewiß bei Vertragsschluß anregen. Geflissentlich wird aber gerade dieser Punkt im § 651 von den meisten Schriftstellern beiseite gelassen, und auf Grund des danach Verbleibenden für reinen Kauf eingetreten; Kleinschmidt[1]) teilt die von uns gebrachte Anschauung.

In beiden Fällen hat der Unternehmer die Sache zu übergeben und Eigentum daran zu verschaffen. Dann erst teilt sich der Vertrag nach den beiden erwähnten Gesichtspunkten. Ein besonderer Unterschied liegt in der Art der Mängelhaftung. Bei vertretbaren Sachen kann nicht erst Ausbesserung verlangt oder vorgenommen werden, sondern entsprechend den Kaufvorschriften tritt Wandelung oder Minderung ein. Ferner kann, wenn die Voraussetzungen von § 463 oder § 480, 2 vorliegen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder gemäß § 480, 1 eine mangelfreie Sache verlangt werden. Bei nicht vertretbaren Sachen ist dagegen zunächst das Recht auf Nachbesserung gegeben. Die Gefahr geht bei vertretbaren Sachen mit der „Übergabe", bei nicht vertretbaren mit der „Abnahme" über. Ist bei der Herstellung einer vertretbaren Sache eine Handlung des Bestellers erforderlich, so will auch Plánck[2]) die Anwendbarkeit der betreffenden Bestimmungen vom Werkvertrage zulassen, falls der Besteller seiner Pflicht nicht genügt; so auch Oertmann[3]) und Riezler,[4]) während Crome[5]) es im allgemeinen für den Unternehmer bei den Rechten des Kaufs bewenden lassen will. So müssen, um Unbilligkeiten zu entgehen, diejenigen, die reinen Kauf annehmen, hier Ausnahmen machen, und dem Unternehmer sowohl Preiserhöhung als auch Kündigungsrecht gewähren. Crome will ihm diese Rechte nicht geben, wohl aber, wie er an obiger Stelle sagt,

„insoweit er durch die Hinhaltung besonders beschwert wird",

eine Halbheit, die nur verwirrt. Bei vertretbaren, wie nicht vertretbaren Sachen finden also grundsätzlich die Kaufvorschriften Anwendung, und zwar bei vertretbaren Sachen wenig modifiziert durch die entsprechend § 651 Satz 1 anzuwendenden Werkvertragsbestimmungen, bei

---

[1]) Kleinschmidt, S. 66.
[2]) Planck, S. 391.
[3]) Oertmann, S. 376.
[4]) Riezler, S. 67.
[5]) Crome S. 704.

nicht vertretbaren Sachen aber erheblich modifiziert durch Ausscheiden einer Anzahl Kaufvorschriften, an deren Stelle sämtliche Bestimmungen des siebenten Titels treten. Nur die Vorschriften über das Pfandrecht des Unternehmers sind auch für nicht vertretbare Sachen ausdrücklich ausgeschlossen, da der Unternehmer Eigentümer ist und daher keines Pfandrechtes bedarf.

III. Geht dagegen die Absicht der Parteien auf sofortige Übertragung des Eigentums am Stoff aus dem Vertrage nicht hervor, so ist diese Absicht nicht, wie es gemeinrechtlich geboten war, denselben zu unterstellen, ebensowenig wie dies nach heutigem Recht der Fall ist bei den „offenen Depositen" und bei Pachtungen in Bezug auf den „eisernen Bestand", der zum Schätzungswert ohne weitere Angabe übernommen wird, auch im Gegensatz zum gemeinen Recht. Der erste Moment, Übergabe des Stoffes, kommt also nicht in Betracht. Es würde eine große, nicht gerechtfertigte Benachteiligung des Bestellers sein, da er im Vergleich zu anderen Gläubigern des Unternehmers keine besondere Stellung mehr haben würde, die ihm andernfalls gebührte. So hätte er z. B. in einem etwaigen Konkurse des Unternehmers nicht mehr das ihm in sonstigen Fällen zustehende Aussonderungsrecht, sondern nur eine gewöhnliche Konkursforderung.

Hier, wie auch in dem Falle, daß ausdrücklich hervorgehoben ist, das Eigentum solle nicht sogleich übergehen, ist der Vertrag zunächst nach den Regeln des reinen Werkvertrages zu beurteilen. Es liegt aber vertragsmäßig beim Unternehmer, dem Vertrage einen anderen Charakter zu geben. Er hat nämlich die Berechtigung, dafür, daß er das Werk aus von ihm zu beschaffendem Stoffe herstellt, über den erhaltenen Stoff anderweitig zu verfügen. Dabei ist dann allerdings nicht zu umgehen, daß der Besteller seine Rechte an dem Stoffe verliert, aber das Verfügungsrecht ist doch nur als Folge da, wenn beim Vertrage eine solche Wahl freigestellt ist. Es ist also der Wille der Parteien gewesen. — Der Unternehmer steht nun vor der Alternative, denselben Stoff zu nehmen oder anderen. Macht er von der erhaltenen Erlaubnis keinen Gebrauch, sondern nimmt denselben Stoff, so fällt der Vertrag völlig unter den Gesichtspunkt des Werkvertrages. In dem Vertrage kann aber doch eine Modifikation hinsichtlich der Gefahrtragung am Material hervorgehoben sein. Es kann vereinbart sein, daß ohne Eigentumsübergang

lediglich die Gefahrtragung auf den Unternehmer übergehen soll, so daß er zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung des Materials zu vertreten hat. Dies hat die Wirkung, daß der Unternehmer durch Eintritt eines solchen Zufalls nicht frei wird, sondern aus zu beschaffendem gleichen Material das Werk herzustellen oder Schadensersatz zu leisten hat. Woher aber Crome[1]) die Unterlage für seine Behauptung, diese Absicht sei im heutigen Verkehrsleben zu unterstellen, nehmen will, können wir nicht finden. So bestimmte allerdings auch der Dresdener Entwurf; aber dies ist entschieden nicht eine allgemein herrschende Anschauung; der Entschluß des B. G. B., dem nicht zu folgen, ist daher sehr gerechtfertigt. Stellt jedoch der Unternehmer seiner Berechtigung gemäß das Werk aus anderem Stoffe her, ohne über den erhaltenen anderweitig zu verfügen, so behält der Besteller sein Eigentum, wenn nicht aus dem Vertrage hervorgeht, daß zugleich mit der Verwendung anderen Materials das Eigentum am gelieferten auf den Unternehmer übergehen soll. Es ist also auch der zweite Punkt, für den sich der Dresdener Entwurf und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch entschieden hatten, nicht ohne eine darauf bezügliche Abrede anzunehmen. Vielmehr tritt sonst der Eigentumswechsel erst ein mit Abnahme des Werkes oder mit Vollendung des nicht abnahmefähigen Werkes, da dann der hingegebene Stoff gemäß Parteiabsicht als Äquivalent für den im Werke enthaltenen gilt. Dagegen kann der Unternehmer sich nicht schon durch seine einseitige Absicht zum Eigentümer des erhaltenen Stoffes als solchen machen, „ihn sich aneignen", wie Windscheid-Kipp[2]) annimmt. Eine solche Macht läßt sich nirgends herleiten. Vielmehr hat er, ohne Eigentümer an dem unberührten, unveränderten Stoff zu sein oder zu werden, einzig das Verfügungsrecht über denselben. Dieselbe Ansicht wird auch von Crome[3]) vertreten. Dies Recht kann der Unternehmer in der Weise ausüben, daß er den Stoff so, wie er ihn erhalten hat, einem Dritten überträgt. Eine solche Verfügung ist nach § 185 des B. G. B. wirksam; denn auf Grund des abgeschlossenen Vertrages, der dem Unternehmer die Wahl gibt, ist eine solche Einwilligung als vorhanden anzusehen.

---

[1]) Crome, S. 706.
[2]) Windscheid-Kipp, S. 706.
[3]) Crome, S. 706.

Der Unternehmer kann aber auch den Stoff zur Herstellung eines Werkes für einen Dritten in Arbeit nehmen; dann erwirbt er selbst durch diese Verarbeitung das Eigentum und zwar sowohl an dem verarbeiteten Stoffe an sich, auf Grund der mit dem Besteller, dem Stofflieferanten getroffenen Vereinbarung, als auch an dem daraus hergestellten Werke, nach § 950 B. G. B.

Wenn der Unternehmer sich zu dieser Ausführung des Vertrages entschließt, wird er unter den Gesichtspunkt des § 651 fallen, da es ja in Wirklichkeit der Unternehmer ist, der den Stoff liefert, gerade wie in dem bereits erörterten Falle sofortigen Eigentumsüberganges. Hiernach scheidet sich die Beurteilung wieder, je nach dem eine vertretbare oder eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist. Für unsere Ansicht spricht sich auch Riezler[1]) aus, indem er sagt, daß

„der Vertrag nach § 651 Abs. 1 zu beurteilen sei, wenn der Unternehmer andern als den empfangenen Stoff verwende."

Anderer Ansicht ist dagegen Crome,[2]) der den Vertrag auch in diesem Fall der Herstellung des Werkes aus anderem Stoff ohne Eigentumsübergang am gelieferten ganz den Vorschriften über den einfachen Werkvertrag unterstellen will,

„wenn nicht erkennbar wäre, daß das Werk aus einem anderen als dem Besteller gelieferten Stoffe ausgeführt sei."

IV. In Vorstehendem handelte es sich immer um Herstellung eines Werkes aus einem Stoffe, wobei der Stoff in eine andere Gestalt zu bringen ist. Wie aber ist es zu beurteilen, wenn ein Transport von Sachen mit der in Rede stehenden Wahlberechtigung des Unternehmers der beabsichtigte Erfolg ist? Das gewerbsmäßige Eingehen von Beförderungsverträgen untersteht der Spezialgesetzgebung, den handelsrechtlichen Vorschriften, und ist in seinen Besonderheiten außer dem Bereich unserer Arbeit. Wir sehen also von solchen Verträgen ab.

Wenn der Unternehmer nach dem Vertrage nicht Eigentümer des Materials geworden ist und auch von seiner Befugnis keinen Gebrauch macht, so wird der Vertrag nach den Bestimmungen über den reinen Werkvertrag beurteilt, da er in Wirklichkeit sich durch nichts von ihm unterscheidet. Doch kann auch dann schon eine Modifikation stattfinden,

---

[1]) Riezler, S. 71.

[2]) Crome, S. 706 und 707.

wenn von vornherein die Gefahr auf den Unternehmer übergehen sollte; der Fall liegt nicht anders, wie der oben bereits bei der Verarbeitung behandelte, und ist ebenfalls Werkvertrag. Wenn dagegen der Unternehmer von seinem Rechte Gebrauch macht, oder das Eigentum gleich auf ihn übergegangen ist, dann kann von einer Anwendung des § 651 keine Rede sein, da es sich nicht um Herstellung aus solchem Stoffe handelt, sondern um den Transport von solchem Stoffe. § 651 spricht aber ausdrücklich nur allein von Herstellung aus einem Stoffe. Wir werden es beim Transport vielmehr auch dann mit einem reinen Werkvertrage zu tun haben, aber einem Werkvertrage mit generischer Bestimmung des Leistungsobjektes. Der Unternehmer ist verpflichtet, eine bestimmte Quantität bestimmter Qualität an einen ihm bezeichneten Ort zu befördern und dort abzuliefern. Nur die Individualität der zu leistenden Sache steht noch aus. Diese wird erst durch die Leistung selbst bestimmt. Das Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer betreffs des geschuldeten Gegenstandes regelt sich entsprechend demjenigen zwischen Gläubiger und Schuldner bei der Gattungsschuld. Der Unternehmer trägt also wie ein Gattungsschuldner die Gefahr, bis sich die Gattungsschuld zu einer Speziesschuld verdichtet hat, also bis er, der Schuldner, gemäß § 234,2 des B. G.-B.

„das zur Leistung eines bestimmten geeigneten Gegenstandes von seiner Seite Erforderliche getan hat."

Anhang.

§ 10.

Ist die Postanweisung ein Beispiel solchen Vertrages?

Als ein im heutigen Verkehrsleben besonders wichtiger Fall des irregulären Transportvertrages soll die Postanweisung hierher zählen.

Nach Mandry[1]) trägt bei der Postanweisung die locatio conductio operis den Charakter der Irregularität an sich. Ihering[2]), Zweck im Recht, führt als ein Beispiel des Transportvertrages mit generischer Bestimmung des Objekts aus heutiger Zeit die Posteinzahlung an. Loewi[3]) tritt der Auffassung von Mandry bei.

[1]) Mandry, S. 490.

[2]) Ihering, Zweck im Recht, Bd. I S. 169.

[3]) Loewi, S. 11.

Um zu dieser Frage Stellung zu nehmen, müssen wir einen Abstecher in das Postrecht machen. Die Grundlage desselben bildet das Reichspostgesetz vom 20. Oktober 1871 nebst seinen Einführungsgesetzen, sowie die auf Grund desselben ergangenen, öfter abgeänderten Postordnungen, deren letzte vom 20. März 1900 ist. Im Range nach dieser lex specialis findet das sonstige bürgerliche Recht Anwendung, also vor dem Inkrafttreten des B. G.-B. das alte Handelsgesetzbuch und nach ihm das gemeine bezw. das sonst geltende Recht; seit dem 1. Januar 1900 aber nur das B. G.-B., da die §§ 452 und 463 des neuen H.-G.-B. die Vorschriften über Frachtgeschäfte von der Anwendung auf die Beförderung von Gütern durch die Postverwaltungen ausdrücklich ausschließen. Das B. G.-B. und sein Einführungsgesetz haben das Reichspostgesetz nicht aufgehoben; es ist daher nach Artikel 32 A.-G. B. G.-B. in Kraft geblieben. Mit dieser Rangordnung der maßgebenden Gesetze geben wir zu erkennen, daß unseres Erachtens die Geschäfte zwischen Post und Publikum privatrechtliche Verträge sind. Das ist aus § 50 des Postgesetzes, worin von „Verträgen" zwischen der Post und dem Absender die Rede ist, ferner aus Artikel 421 des alten Handelsgesetzbuches unzweideutig zu entnehmen. Diese Auffassung wird in der Wissenschaft vorherrschend vertreten und ist in der Judikatur z. B. in einem strafrechtlichen Erkenntnisse des Reichsgerichts vom 10. Juni 1890 anerkannt. In der angezogenen Entscheidung heißt es:

„Daß das Verhältnis zwischen den Privatpersonen, welche die Postanstalten benutzen, und der Postverwaltung ein vertragsmäßiges ist, ist jetzt durch § 50 Abs. 2 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871, inhalts dessen die durch ein Reglement — die Postordnung vom 8. März 1879 — zu treffenden, bei Benutzung der Postanstalt zu beobachtenden Vorschriften „als Bestandteil des Vertrages zwischen der Postanstalt und dem Absender" gelten, in unzweideutiger Weise anerkannt."

In Widerspruch befinden wir uns mit Schott[1]) und Zorn.[2]) Ersterer vertritt den Standpunkt, daß die Post nur in Erfüllung ihrer gesetzlichen Obligation tätig werde, nicht aufgrund eines Vertrages mit dem Absender. Zorn will hier das Privatrecht überhaupt nicht gelten lassen,

---

[1]) Schott, S. 533—540.

[2]) Zorn, S. 14 ff.

sieht in den Geschäften zwischen Post und Publikum Obligationen des öffentlichen Rechts und behauptet, daß der Richter subsidiär seine Entscheidungen nicht dem Zivilrecht, sondern aus den Gesichtspunkten der Staatsverwaltung und des öffentlichen Rechts entnehmen müsse. Ein näheres Eingehen auf diese Angriffe der herrschenden Lehre müssen wir uns versagen.

In dem Postbeförderungsvertrage sehen wir eine locatio conductio operis: die Post ist der conductor, das Publikum der locator, die Übermittelung desBriefes, des Pakets, ist das opus und das regelmäßig im Voraus zu zahlende tarifmäßige Porto die Vergütung. Allerdings kommen die gemeinschaftlichen Vorschriften über die Haftung des conductor für Verschulden nicht zur Anwendung, weil diese Haftfrage in § 6 des Postgesetzes reichsgesetzlich geregelt ist.

Auf den Postanweisungsvertrag treffen aber, abgesehen zunächst von der Frage, ob überhaupt eine locatio conductio operis vorliegt, die Voraussetzungen einer locatio conductio operis irregularis nicht zu. Allerdings soll die Post nicht dieselben Geldstücke, die ihr gegeben sind, sondern nur tantundem am Bestimmungsorte auszahlen, auch wird eine Vergütung in Gestalt des Porto gezahlt, aber für die Annahme einer locatio conductio operis irregularis fehlt die Hauptsache: das opus, der Transport des Geldes. Ein solcher ist von den Vertragschließenden, der Post und dem Absender, gar nicht beabsichtigt. Der Vertragswille ist ausschließlich auf eine Zahlung gerichtet. Der Absender übergibt der Post die eingezahlte Summe zu Eigentum, und diese verpflichtet sich ihm gegenüber, eine gleiche Summe dem auf der Postanweisung bezeichneten Empfänger zu zahlen. Diese Zahlung will der Absender bewirkt wissen; wie dieselbe von der Postanstalt bewirkt wird, ist ihm nebensächlich; jedenfalls verlangt er von ihr nicht, daß sie eine gleiche Menge des von ihm eingezahlten Betrages der Postanstalt des Bestimmungsortes übersenden und diese dort dem auf der Postanweisung bezeichneten Empfänger auszahlen lassen soll. Noch viel weniger denkt aber die Postanstalt an ein solches Verfahren. Sie hat die Postanweisung gerade um deswillen eingeführt, um den lästigen und für sie verantwortungsvollen Transport des Geldes zu vermeiden und trotzdem denselben ökonomischen Effekt zu erzielen. Sie erwirbt das eingezahlte Geld durch die Einigung der Parteien in Verbindung mit der Übergabe, eventuell jedenfalls durch Vermischung mit

ihrem Kassenbestande zu Eigentum, versendet weder idem noch tantundem, sondern weist die Postanstalt des Bestimmungsortes vermittelst des Formulars an, dem bezeichneten Empfänger aus der dortigen Kasse den eingezahlten Betrag zu zahlen. Erst wenn diese Kasse nicht ausreicht, hat diese Postanstalt von der benachbarten größeren Anstalt und eventuell von der Oberpostdirektion Geldsendungen zu erbitten. Dieser Transport hat aber mit dem Vertrage zwischen dem Absender und der Postanstalt des Aufgabeortes nichts zu tun.

Nun bedient sich aber die Postordnung bezw. das Reglement für die Tätigkeit der Post bei dem Postanweisungsgeschäfte des Wortes „übermitteln". Dieser Ausdruck soll nach Loewi[1]) für die Annahme eines Transportvertrages sprechen; allein das bloße Wort kann doch nicht entscheiden, wo die Absicht der Parteien und der tatsächliche Hergang eine andere Deutung verlangen. Schon Papinian sagt l 219 D 50, 16:

> in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit;

fast wörtlich übersetzt in § 133 B. G. B.:

> „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften."

Es bleibt noch zu erörtern, ob und wie die Beförderung des Postanweisungsformulars für die rechtliche Natur der Postanweisung bestimmend sein kann. Bei Einführung des Postanweisungsgeschäfts mußte der Absender bei Einzahlung des zu übermittelnden Betrages einen Begleitbrief an den Empfänger aufgeben; dieser wurde von der Post befördert und bei seiner Ablieferung dem Empfänger ein der eingezahlten Summe entsprechender Betrag, tantundem, gezahlt. Aus diesem Begleitbriefe hat sich allmählich das heutige Postanweisungsformular entwickelt. Während aber der Begleitbrief als Eigentum des Absenders befördert wurde und bei der Ablieferung dem Empfänger verblieb, geht jetzt das Formular mit der Einlieferung seitens des Einzahlers in das Eigentum der Post über und bleibt auch ihr Eigentum; der Empfänger kann nur den sogenannten Abschnitt, den der Absender mit Bemerkungen versehen kann, abtrennen und behalten, § 20 der Postordnung. Die Post beförderte also früher in dem Begleitbrief eine fremde Sache, befördert

[1]) Loewi, S. 14.

aber jetzt in dem Formular ihre eigene Sache. Daraus folgern wir, daß früher zwar ein Beförderungsvertrag vorlag, nicht aber jetzt; denn vertragsmäßig kann nur die Beförderung einer fremden Sache übernommen werden. Anders Hellwig,[1]) der betreffs des Formulars „zweifellos" einen Transportvertrag annimmt. Das Formular und seine Beförderung ist nach unserer Ansicht daher für den Vertrag zwischen Post und Absender gänzlich nebensächlich; es ist wesentlich eine interne Angelegenheit der Post und kann zur Konstruktion des Hauptvertrages nicht dienen.

Wir können daher nur anerkennen, daß der Postanweisungsvertrag sich aus einem Transportvertrag entwickelt hat, wie er ja auch noch jetzt in § 6 des Postgesetzes vereint mit den wirklichen Transportgeschäften behandelt wird; nie aber war jenes Geschäft eine locatio conductio operis irregularis. Die rechtliche Natur der Postanweisung eingehend zu erörtern, liegt nicht in unserer Aufgabe; wir halten sie weder für ein Mandat, denn mandatum nullum est nisi gratuitum l 1 § 4 D 17, 1; noch für eine Anweisung im Sinne des § 783 B. G. B., denn die Anweisung geht bezüglich der Beteiligten einen anderen Weg; noch für einen durch die bloße Einzahlung zustande gekommenen Realvertrag, wie Hellwig[2]) meint. Wir sehen in ihr gemeinrechtlich eine locatio conductio operis, bei welcher der Erfolg in der Bewirkung der Auszahlung des eingezahlten Betrages am Bestimmungsorte besteht. Nach heutigem Recht bringen wir sie in die Kategorie des Werkvertrages, der eine Geschäftsbesorgung enthält, § 675 B. G. B.

[1]) Hellwig, S. 531.
[2]) Hellwig, S. 532.

Linotype-Maschinensatz von O. Kaven, Plön.